000204/2010

--- En la ciudad de Trelew, a los días de junio del año dos mil diez, se reúne la Sala “B” de la Cámara de Apelaciones de esta ciudad, con la presidencia del Dr. Sergio Rubén Lucero y presencia de los Sres. Jueces del Cuerpo Dres. Raúl Adrián Vergara y Aldo Luis De Cunto, para celebrar Acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **“P., G. F. c/ R., M. I. s/ Diferencia de haberes e indemn. de ley” (Expte. 204 - Año 2010 CAT)** venidos en apelación. Los Sres. Magistrados resolvieron plantear las siguientes cuestiones: PRIMERA: ¿Se ajusta a derecho la sentencia apelada?, y SEGUNDA: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar? y expedirse en orden al sorteo practicado a fs. 188.---------- **A LA PRIMERA CUESTIÓN**, el Dr. De Cunto dijo:----------

----Vienen estas actuaciones a conocimiento de la Alzada con motivo del recurso de apelación interpuesto por la parte actora a fs. 173 vta. en contra del pronunciamiento definitivo dictado en autos a fs. 170/173. En dicho decisorio se hace lugar parcialmente a la demanda promovida por G. F. P. contra M. I. R., condenando a esta última a abonar a aquél la suma de $ 5.548,60, con más intereses, imponiendo las costas en un 60% al actor y en un 40% a la demandada.- ----------

----A fs. 174 se concede el recurso. A fs. 176/178 luce la expresión de agravios de la actora, de la cual se confiere traslado a fs. 179, el cual no fuera contestado.----------

----I.- Haré una breve reseña de los agravios expuestos por la actora. El primer agravio, que es el de mayor entidad, consiste en criticar la decisión del juzgador respecto a la actividad habitual del actor, en cuanto se tuvo por cierto lo manifestado por la demandada de que P. sólo laboraba ocho días al mes. Señala que en la demanda y en la liquidación practicada se expuso que el accionante trabajaba el mes completo y que en los recibos sólo se consignaron los días que estaba en viaje, de allí que se discriminó la diferencia del haber mensual que debió percibirse y lo que realmente se percibió. Agrega que el sentenciante consideró que la prueba testimonial resultaba sobreabundante, mas el testigo N. declara que el actor laboraba como electricista, siendo la otra actividad de P. en la empresa. Es así que se omitió advertir este testimonio que corrobora la actividad mensual del actor en la empresa. Cita jurisprudencia con relación a la prueba testimonial. Añade que la contraria se limitó a contestar que el actor trabajaba cincuenta y tres horas mensuales o cuatro viajes al mes, mas en ningún momento expresó que su trabajo era eventual o que el actor estaba contratado sólo para viajes o alguna otra modalidad de trabajo. Arguye que si nada se dijo al respecto se presume que el vínculo fue por tiempo indeterminado en los términos del art. 90 de la LCT. A su vez señala que para que el contrato sea a tiempo parcial, se debe ajustar a lo dispuesto por el art. 92 ter de la LCT, indicando que aún en tal caso la remuneración no puede ser inferior a la proporcional que le corresponda a un trabajador a tiempo completo. Indica que aún cuando se hubiese suscripto con el actor un contrato a tiempo parcial, tampoco sería conducente a la actividad de transporte de

carga, ya que el CCT Nº 40/89 no admite dicho tipo de contratación para los choferes de larga distancia. Refiere asimismo al ítem 4.2.18 del citado convenio a fin de reforzar su posición.----------

----Como segundo agravio indica que el sentenciante se equivoca al rechazar la indemnización prevista en el art. 45 de la ley 25345, ya que el actor intimó a la demandada el 19/03/09 y la interposición de la demanda se produjo con fecha 29/04/09, esto es, habiendo transcurrido ampliamente el plazo de treinta días. Efectúa el petitorio de estilo.----------

----II.- Delimitada la materia sobre la cual habrá de ejercer este Cuerpo la facultad revisora, me adentraré en el tratamiento de los agravios reseñados, comenzando por el de mayor entidad referido al tiempo de trabajo mensual del actor, ya que el mismo tiene incidencia en los rubros liquidados en la demanda. Sólo agregaré en este párrafo preliminar, sin perjuicio de que no exista controversia al respecto, que manifestado por la demandada que el actor resulta ser su hijo (ver fs. 14 vta., pto. III, A, 1er párrafo y copias certificadas de la libreta de familia reservadas), tratándose de un hijo mayor de edad, el mencionado vínculo no resulta obstáculo para el reconocimiento de la relación de empleo, ya que el “sub exámine” no cae bajo las previsiones del art. 279 del C. Civil.-

------ 1) El recurrente comienza su queja argumentando que el juzgador consideró erróneamente que laboraba sólo los días que realizaba viajes, esto es, ocho días al mes, tal como lo apuntó la demandada, cuando en la demanda se expuso que el actor laboraba el mes completo. Por lo demás señala que no se tomó en cuenta la prueba testimonial, de la cual se desprende que P. cumplía, además de las t areas de chofer, las de electricista (ver fs. 176/vta.). Le asiste razón al apelante cuando indica que el sentenciante de grado tomó en cuenta que laboraba solamente ocho días al mes, ya que básicamente el razonamiento del “a quo” en este aspecto se expresó así: *“Por el lado de las diferencias salariales principio por decir que la documental traída a juicio por las partes -recibos de haberes- ha sido cotejada por el suscripto con las escalas salariales acordadas dentro del ámbito del CCT 40/89, luego de ello, y teniendo en cuenta que P. sólo trabajaba 8 días al mes es a ese período de tiempo que debe acotarse el cálculo de la remuneración, es de observar que en la liquidación practicada en la demanda se tomó como trabajado el mes completo cuando la realidad -y en estos las partes se encuentran de acuerdo- es que hacía cuatro viajes al mes, razón por la cual razonable resulta la manera en que la demandada procedió a liquidar proporcionalmente el salario básico para un conductor de 1º categoría...”* (ver sentencia a fs. 171 “in fine”/vta., 1er. párrafo).- ----------

----No resulta claramente explicitado que en la demanda el actor adujera que laboraba el mes completo, ya que si bien no dice lo contrario, indica que *“En su calidad de Chofer de Primera Categoría...realizaba sus tareas efectuando transporte de larga distancia...En el transcurso de este período el actor cumplió su tarea con la responsabilidad que requiere la función y con la mayor dedicación, lo que queda*

acreditado con el hecho de que nunca tuvo sanciones...Que en cumplimiento de sus tareas habituales el actor realizaba un promedio de 4.800 km mensuales con excepción de los meses referidos que realizó 6.000 km. en cada uno de esos meses cuando viajó cinco meses al mes. Que en el cumplimiento de esas quedaron algunas diferencias salariales y algunos viajes sin pagar por parte de la empresa que el actor ha venido durante su relación de trabajo reclamándolo informalmente" (ver fs. 04/vta., pto. III, a). Tampoco surge nítidamente al exponer las diferencias salariales que se invocara que se laboró el mes completo ya que se expresó *"Que, como se acredita con la documentación que se acompaña, no se le abonaron correctamente al actor los conceptos adeudados que corresponden a los rubros de los ítems 4.2.3. (km. Recorrido), 4.2.4 (km. No rem.) y 5.6.2. (plus 20% por carga de materiales tóxicos) que corresponden a la categoría de Chofer de 1ra., en la correcta aplicación del convenio colectivo de trabajo aplicable a la actividad (CCT Nº 40/89), conforme se detallan por cada rubro en el Punto V)"* (ver fs. 06, pto. c), 2do. párrafo). Sí es cierto que es dable inferir de la liquidación practicada en la demanda que se reclaman diferencias sobre el básico mensual (ver columna con el título "Diferencia" a fs. 08).- ----------

----Dicho lo anterior, lo que queda claro es que en ningún párrafo de la demanda el actor adujera que desempeñaba tareas de electricista durante los períodos existentes entre cada viaje. En consecuencia, dicha circunstancia que ahora pretende introducir el apelante a través de lo declarado por un testigo no resulta capítulo propuesto a la consideración del sentenciante de grado. Al respecto es sabido que en virtud de lo establecido por el art. 277 del CPCC, el tribunal de alzada no podrá fallar sobre capítulos no propuestos a la decisión del juez de primera instancia, quedando así vedado a la Cámara tratar argumentos no propuestos en los escritos introductivos de la demanda, contestación o reconvención en su caso (conf. CSJN 12/2/87, JA, 1988-I-246; SCBA, 5/5/77, DJBA, 113-41; CN. Civ., Sala A, 14/6/80, ED, 87-178; íd., Sala E 20/11/81, LL, 1982-A-550; entre otros). Es que la expresión de agravios no es la vía pertinente para introducir nuevos planteamientos o defensas que debieron deducirse en el correspondiente estadio procesal (conf. CN.Fed. ContAdm., Sala III, 10/5/88, J, 1989-III-321). Es criterio sentado por esta Sala "B" (ver, entre otros, CANE, Sala "B", SDC Nº 32/09 del 15/09/09). Es por ello que el argumento referido no puede ser considerado en esta instancia.- ----------

----2) Sin perjuicio de lo anterior, y obviando lo indicado por el recurrente en cuanto a que la demandada no expresó y mucho menos justificó que el trabajo era eventual ni a tiempo parcial (ver fs. 177, 2do. párrafo), lo realmente dirimente en la especie es lo dispuesto por la normativa aplicable. El CCT 40/89 en el ítem 4.2.2. referido a los choferes de larga distancia -y el actor lo era en virtud de que en su actividad superaba los 100 km. del lugar habitual de trabajo (conf. ítem. 4.2.1 del mismo convenio)- establece que *"Los choferes que trabajan en el transporte de larga distancia, percibirán en todos los casos las mensualizaciones establecidas en la primer categoría de la*

presente convención colectiva de trabajo". Consecuentemente, y más allá del tiempo mensual que laborara el actor, por ser chofer de larga distancia, le correspondía la percepción del haber mensual en su totalidad. En consecuencia asiste razón al apelante en cuanto corresponde hacer lugar a las diferencias salariales por haberse abonado en menos del haber mensual de acuerdo a los días computados por los viajes realizados. Es de hacer notar que la sumas liquidadas en la demanda por este tópico no fueron impugnadas en la contestación de demanda por lo que resulta aplicable lo establecido en el art. 43 de la ley XIV Nº 1 -antes art. 44 de la ley 69-, amén de que en la sentencia se las avalara de acuerdo a que se considerara razonable lo abonado según recibos en virtud de considerarse trabajados sólo ocho días al mes (ver sentencia a fs. 171 vta., 1er. párrafo). Es así que se hará lugar al rubro de diferencias salariales por el monto liquidado de **$ 10.034,99** (ver fs. 08, Rubro A).- ----------

----Como lógica derivación de la recepción de las diferencias salariales por no haberse abonado el haber mensual total, corresponde acoger las diferencias resultantes por el monto requerido por el plus del ítem 5.6.2. del CCT 40/89, ya que el mismo fue liquidado en razón del período de días computados por viajes realizados (ver sentencia a fs. 171 vta., 1er. párrafo "in fine"), cuando es claro que el 20% en cuestión debe ser tomado por sobre el salario básico del chofer de primera categoría, lo cual importa el haber mensualizado, de acuerdo a lo establecido por el ítem 4.2.2. del CCT 40/89. Es así que corresponde aumentar el monto por este ítem 5.6.2. a la suma de **$ 2.788,64**. Por el contrario no le asiste razón al apelante en lo que se refiere a los adicionales por horas extraordinarias por kilometraje recorrido (ítem 4.2.3.) y por viáticos (ítem 4.2.4.), ya que la normativa aludida hace expresa referencia a que las sumas a percibir por tales tópicos se calculan por kilómetro recorrido. Y en base a tal disposición es que el sentenciante juzgó que la empleadora los liquidó *"...correctamente conforme la cantidad de kilómetros mensuales recorridos y el pernocte y permanencia fuera de residencia..."* (ver sentencia a fs. 171 vta., 1er. párrafo). Queda explicitado así que los referidos adicionales no se liquidan en función del haber mensual sino del kilometraje recorrido, por lo cual, bien hizo el sentenciante en considerar la cantidad de viajes mensuales y por ende la distancia viajada. Por lo demás es de señalar que ninguna crítica se desarrolló sobre esta argumentación del juzgador en lo que se refiere puntualmente a tales ítems, por lo que en suma procede confirmar el fallo en este aspecto.- ----------

----Finalmente, en lo que se refiere a este primer agravio, la quejosa indica que dado fgçque debió haber percibido el haber por mes completo, esto es, el haber mensual básico más zona, sobre dicha base debió efectuarse el cálculo de la indemnización por despido (ver fs. 177 vta., anteúltimo párrafo). Sin embargo el decisor reconoció por el rubro mencionado (indemnización por antigüedad) la suma de $ 2.103,95 (ver sentencia a fs. 172 vta.), importe que resulta mayor al de $ 2.093,42 calculado por el propio actor en la liquidación de fs. 08 (ver pto. b),1). En consecuencia no existe agravio alguno que atender al respecto. Sólo agregaré a los meros fines aclaratorios que, dado

que con relación a otros rubros de la liquidación por los cuales en la sentencia se reconoció una suma menor o no se reconocieron -SAC proporcional, Vacaciones no gozadas, Integración de mes de despido y días trabajados-, ningún agravio en concreto se vertió, por lo que no corresponde a esta Alzada revisar tales puntos o cálculos.--------

----3) El segundo y último agravio se refiere a la denegatoria de la indemnización prevista en el art. 45 de la ley 25345, argumentándose que se intimó a la demandada en fecha 19/03/09 y que la demanda se interpuso el 29/04/09, es decir, una vez transcurrido el plazo de treinta días (ver fs. 177 vta. "in fine"/178, 1er. párrafo). En primer lugar cabe decir que es cierto que la intimación extrajudicial tuvo lugar el 19/03/09, siendo por el plazo de 48 horas (ver telegrama de fs. 02 de la documental reservada). Ahora bien, el juzgador de grado no hizo caso omiso de dicha intimación, sino que argumentó que la intimación no fue correcta. Así razonó *"En cuanto a la multa prevista en el art. 45 de la ley 25.345, he de decir que si bien la cita jurisprudencial que se efectúa en demanda resulta correcta e ilustrativa de una corriente adoptada por distintos Tribunales de nuestro país, en el caso concreto, admitida la existencia de la vinculación laboral con los parámetros denunciados en la demanda, los aportes previsionales y a la seguridad cumplidos como da cuenta la documental reservada en caja de seguridad y los informes agregados al principal, y no habiendo el demandante intimado debidamente la entrega del certificado de trabajo previsto en el art. 80 de la L.C.T., es que estimo no podemos apartarnos del texto del decreto reglamentario, el que en su art. 3 establece un plazo de 30 días para la entrega de la certificación, plazo que vencido e incumplida la obligación habilita al dependiente a formular la intimación al empleador para de esa manera y ante la renuencia de éste sí hacerse acreedor a la multa, sigo con ello lo dicho en SDL nº 90/09 dictada por la sala "A" de nuestro Tribunal de Alzada, por tal motivo es que este rubro resultará desestimado"* (sentencia a fs. 172, último párrafo).- ----------

----Al respecto queda claro que la actora no intimó a la demandada una vez transcurrido el término de treinta días desde la extinción del vínculo. Y en tal sentido esta Sala ha sostenido que el art. 3 del decreto 146/01, que reglamenta el art. 45 de la ley 25345, que a su vez modifica el art. 80 de la LCT reza: *"El trabajador quedará habilitado para remitir el requerimiento fehaciente al que se hace alusión en el artículo que se reglamenta, cuando el empleador no hubiere hecho entrega de las constancias o del certificado previstos en los aps. 2 y 3 del art. 80 de la LCT 20744 (t.o. por decreto 390/76) y sus modif., dentro de los treinta (30) días corridos de extinguido, por cualquier causa, el contrato de trabajo".* Es decir que es un requisito de procedencia del pago de la "indemnización" prevista por el párrafo agregado al art. 80 por la ley 25343, que el trabajador cumpla con la carga de intimar a su empleador respetando los plazos que surgen del texto legal y del decreto 146/01 (conf. Livellara, Carlos A., en Rodríguez Mancini-Barilaro: "Ley de Contrato de Trabajo Comentada", Ed. La Ley 2007, Tº II, pág. 1033). En antecedente del supremo tribunal provincial (STJCH, SD, Nº 15/S.R.E./06 del

19/10/06), se efectuó una reseña de los precedentes tanto a nivel provincial como de las Salas de la Cámara Nacional del Trabajo, acerca de la necesidad de la intimación extrajudicial previa a fin de que proceda la indemnización del art. 80 de la LCT. Como síntesis de tal reseña se sostuvo que la obligación formal impuesta por el art. 45 de la ley 25345 y su decreto reglamentario consistente en intimar de modo fehaciente al empleador a efectos de que haga entrega de los certificados de trabajo y aportes previsionales previstos en el art. 80 de la LCT, no puede ser suplida por la interposición de la demanda y su traslado a la contraria ni por la instancia administrativa (del voto del Dr. Pasutti). En el mismo sentido, el segundo votante concluyó que la procedencia de la indemnización de estudio opera cuando el trabajador -ante el incumplimiento de extenderle los certificados de trabajo- intime no sólo en el tiempo al que hace referencia el decreto reglamentario sino que se efectivice por vía extrajudicial de modo fehaciente y en términos precisos que no conduzcan a confusión respecto al rubro que se pretende reclamar (del voto del Dr. Caneo) (conf. CANE, Sala “B”, SDL Nº 98/09 del 05/11/09). En la especie el actor efectuó la intimación en el mismo telegrama en el cual se dio por despedido, por lo que no se respetó el plazo de treinta días en cuestión, no supliéndose dicha omisión con la promoción de la demanda luego de que se cumpliera dicho término desde la intimación, como equivocadamente parece interpretarlo la recurrente. En consecuencia, se postulará al acuerdo la desestimación de este agravio.----------

----III.- En consecuencia de lo expuesto y razonado, corresponderá propiciar al acuerdo que se revoque parcialmente el fallo apelado, a fin de elevar el monto de condena a la suma de **pesos diecisiete mil cuatrocientos cincuenta y nueve con treinta y tres centavos ($ 17.459,33),** confirmándola en todo lo demás que fuera materia de agravio.- Atento la forma en que se decide la cuestión, corresponderá adecuar la imposición de costas y las regulaciones de honorarios de la instancia anterior a la luz de lo establecido en el art. 279 del CPCC -actual art. 282 de la ley XIII Nº 5 Anexo A-. En cuanto a la imposición de las costas, es de tener en cuenta, que para determinar la noción de vencido debe aplicarse una visión global del juicio y no reducirse a un análisis aritmético de las pretensiones y resultados (conf. CN. Com., Sala C, 13/7/90, LL, 1990-E-283). En el mismo sentido se consideró que para la imposición de las costas lo que vale es la razón o la sin razón de las respectivas posiciones que el magistrado extrae de lo expuesto y probado en el pleito. Él está autorizado a dar al complejo de hechos relatados por los desavenidos, un encuadre jurídico distinto del que éstos perciben, en atención a la fórmula *da mihi factum, dabo titi ius* (conf. Sentís Melendo, *Iura novit curia,* en Revista derecho procesal 1947, 2da. parte, págs. 208 y sigtes.; C. 1era., Sala III, La Plata, causa 178.895, reg. sent. 186/80, entre otras). También se sostuvo que para establecer el carácter de vencido en una contienda judicial no es admisible parcelizar el litigio con relación a los distintos reclamos, sino que ha de estarse a un enfoque global del resultado de la controversia (conf. SCBA, DJBA v. 100, pág. 130; LL, 152-140). Y en similar orden de ideas, el máximo tribunal provincial, decidió que es dable discernir la

condición de derrotado o vencido en un enfoque global del pleito, mediante un prudente análisis particularizado a la cuestión en debate (conf. STJCH, in re: “C. L. c/ Pcia. del Chubut”, SD 07/91 y “C. D. R. c/ Chubut Construcciones y otro”, SD 03/93). Tal es el criterio sostenido por el suscripto en distintos precedentes, entre los que destaco recientemente los de esta Sala “B”, SDL Nº 09/2010 del 07/04/10 y SDL Nº 17/2010 del 28/04/10.- ----------

----En consecuencia, teniendo en cuenta que si se consideran por separado los cuatro ítems del rubro “diferencias salariales” (ver liquidación de fs. 08, Rubro A), el total de rubros reclamados asciende a once, de los cuales prosperan dos de los cuatro del rubro A mencionado (diferencias e ítem 5.6.2.); de los seis que integran el rubro b) prosperan cuatro (Antigüedad, Preaviso, SAC/Preaviso y Vac. no gozadas) y no se acoge el rubro c) (multa del art. 45 de la ley 25345), se arriba a la conclusión que de once rubros se hace lugar a seis. Si a ello se añade que el ítem de mayor entidad, esto es, el de las diferencias salariales, fue acogido, entiendo equitativo distribuir las costas en un 80% a la demandada y en un 20% al actor (conf. art. 71 del CPCC -actual art. 72 de la ley XIII Nº 5 Anexo A (conf. art. 73 de la ley XIV Nº 1 -antes art. 76 de la ley 69-). En relación a la regulación de honorarios, en atención al mérito y extensión de los trabajos realizados, así como al resultado del pleito, encuentro ajustados a derecho los regulados en la instancia de origen.- ----------

----En cuanto a las costas de esta sede, dado que se hace lugar parcialmente al recurso de apelación de la actora, entiendo que aquí también existió un vencimiento parcial y mutuo, por lo que resulta adecuado imponerlas en un 50% a cada una de las partes (conf. art. 71 de CPCC - actual art. 72 de la ley XIII Nº 5 Anexo A-). Dado el resultado obtenido, mérito y extensión de las tareas desarrolladas, regulo los honorarios del letrado apoderado de la actora Dr. E. A. M., en un 30% de lo fijado para los letrados de la actora en la primera instancia, con más el IVA correspondiente (conf. arts 6, 7 y 14 del arancel -actuales arts. 5, 6 y 13 de la ley XIII Nº 4-, y leyes 23349 y 23871).----------

----Voto entonces a esta cuestión PARCIALMENTE POR LA NEGATIVA.- ----------

----**A LA PRIMERA CUESTIÓN** el Dr. Lucero dijo: ----------

----La parte actora plantea recurso de apelación (fs. 173 vta.) en contra del pronunciamiento definitivo dictado en autos (fs. 170/173) por el cual se hace lugar parcialmente a la demanda que promoviera en contra de la Sra. M. I. R., condenándola a esta última a que le abone la suma de $ 5.548,60, con más sus intereses, en concepto de adicional por transporte de materiales peligrosos, indemnización por antigüedad, preaviso omitido, S.A.C. sobre el preaviso y vacaciones no gozadas, desestimando la diferencias salariales reclamadas en demanda y la indemnización especial por falta de entrega del certificado de trabajo según art. 80 de la L.C.T.. Finalmente, impone las costas en un 40% a la parte demandada y el 60% restante a la parte actora ahora recurrente.----------

---- El escrito de expresión de agravios luce agregado a fs. 176/178.----------

----Ordenado su traslado a la contraria (fs. 179) el mismo no fue evacuado.----------

----I.- La reseña de los agravios fue suficientemente realizada por el magistrado que me precede en la votación, Dr. De Cunto, por lo que a ella me atendré para evitar repeticiones estériles.---------- ----------

----No obstante si resulta útil individualizar cuales son los puntos sobre los que se asienta la impugnación deducida, a saber: 1) Base económica a computar –mes completo o solo por los días de los viajes realizados por cada mes-; y, 2) procedencia de la indemnización especial del art. 45 de la Ley 25.345.----------

--- II.- En los límites demarcados por los agravios identificados precedentemente ingresaré a su tratamiento siguiendo la misma manera de nominarlos.----------

--- 1) **Base económica a computar –mes completo o solo por los días de los viajes realizados por cada mes-:** Correctamente advierte el Dr. De Cunto que el planteo del escrito de inicio no comprendió de modo claro y concreto que la pretensión por diferencias salariales se fundara en las que surgen de computar el básico correspondiente al chofer de larga distancia respecto de los pagos efectivamente realizados. Esto es, indudablemente surge del tenor del escrito de demanda que se reclamó diferencias salariales expresándose literalmente lo siguiente: *"...no se le abonaron correctamente al actor los conceptos adeudados que corresponden a los rubros de los ítems* ***4.2.3 (km. recorrido), 4.2..4 (km. no rem.) y 5.6.2. (plus 20% por carga de materiales tóxicos)*** *que corresponden a la categoría de Chofer de 1ra., en la correcta aplicación del convenio colectivo de trabajo aplicable a la actividad (CCT Nº 40/89), conforme se detallan por cada rubro en el Punto V)..."*(sic)(vide: punto III, letra c) de fs. 6). Asimismo, en el aludido punto V), letra A), del escrito promocional, efectivamente se liquida el básico de la categoría 1ra., sobre cuya base se calculan las diferencias devengadas a su favor, más el cálculo de los rubros que si explícitamente reclamara y que corresponden a los adicionales contemplados en los arts. 4.2.3.; 4.2.4.; y 5.6.2. del C.C.T. Nº 40/89 (vide: fs. 8).----------

--- Esto es, magüer de la omisión de la cita expresa del art. 4.2.2. del C.C.T. 40/89, que textualmente norma que *"Los chóferes que trabajan en el transporte de larga distancia,* ***percibirán en todos los casos*** *las mensualizaciones establecidas en la primera categoría de la presente convención colectiva de trabajo."*(sic)(lo enfatizado en negritas me pertenece), evidentemente es de aplicación al supuesto presentado en este litigio, por lo que correspondía que se le abonaren al actor P., independientemente de la cantidad de viajes mensuales que hubiere realizado en cada mes, la mensualidad correspondiente a la categoría primera del convenio, tal como lo indica la norma convencional que, insisto, es de aplicación al caso (Conf. art. 1º de la L.C.T.).----------

--- De otro lado, allende que resulta indiferente para la elucidación de la procedencia del presente agravio, merced al fundamente expuesto "supra", compartiré también con el Dr. De Cunto que la aseveración del actor de que también desempeñaba tareas como electricista deviene en inaudible en esta segunda instancia de revisión. Ello así toda vez

que no fue esta postulación parte integrante de la materia fáctica que fuera propuesta en la demanda y sobre la que se trabara la litis con su contestación; y, por ende, no solo no integró la litis sino que tampoco formó parte del *thema decidendum* sobre el cual emitiera su veredicto el juzgador del anterior grado. De allí que me eximo de pronunciarme respecto al punto por constituir el mismo extraño a la presente litis y en resguardo de la debida congruencia (Conf. arts. 34, inc. 4to., 163, inc. 6to., 271 y 277 del C.P.C.C. –actuales arts. 34, inc. 4º; 165, inc. 6º; 271 y 280 de la Ley XIII Nº 5 Anexo A-; de aplicación al supuesto por vía del art. 76 de la Ley 69 –actual art. 73 de la Ley XIV Nº 1-).---------- ----------

----Asimismo, ninguna vinculación con el objeto de conflicto suscitado en autos tienen las novedosas alegaciones formuladas por la parte actora recurrente, relativas a la inexistencia y falta de acreditación de un trabajo eventual o de un contrato a tiempo parcial, por lo que también me eximiré de expedirme a su respecto.----------

--- Por lo expuesto, acompañaré con mi voto la admisión del presente agravio propiciada por el magistrado sufragante en primer término, para proponer la revocación parcial del fallo apelado para elevar el monto del capital de condena en la suma liquidada en demanda en concepto de diferencias salariales de **Pesos Diez Mil Treinta y Cuatro con Noventa y Nueve Centavos ($ 10.034,99)**. Así lo voto.----------

--- Como consecuencia de lo anterior, también corresponde ajustar, en más, el monto del capital de condena, toda vez que corresponde computar el adicional del art. 5.6.2 del C.C.T. 40/89 sobre el básico mensual de la categoría 1ra. que se admite en este resolutorio y no como se lo admitiera en el pronunciamiento del anterior grado *“...sobre el proporcional a la fracción trabajada en cada mes...”* (sic) (ver: considerando de fs 171 vta.). Habida cuenta de lo cual, computado el adicional por transporte de sustancias peligrosas contemplado por el art. 5.6.2., equivalente al 20% del básico mensual, por el monto total devengado según liquidación practicada en demanda, resulta efectivamente la suma de **Pesos Dos Mil Setecientos Ochenta y Ocho con Sesenta y Cuatro Centavos ($ 2.788,64)**, que también corresponde admitir. Así lo voto.----------

----En cambio, la porción del agravio que no procede acoger por vía de la presunción establecida en la norma convencional citada por el trabajador impugnante (art. 4.2.18 del C.C.T. Nº 40/89), es la relativa a los adicionales por kilómetro recorrido y por viáticos (conf. arts. 4.2.3. y 4.2.4. del C.C.T. Nº 40/89). Es que, estando a las normas convencionales de cita se observa sin lugar a duda alguna que los adicionales que contemplan se calculan computándose por unidad –kilómetro recorrido- y cuyo valor se establece en la misma norma convencional, tanto respecto a la compensación de horas extraordinarias –sea que se hubieren realizado o no-, como por viáticos –con un mínimo para este último de 350 kilómetros por día y por persona-.---------- ----------

----En tales términos el juzgador de grado estimó correctamente que según la cantidad de kilómetros mensuales recorridos con pernocte y permanencia fuera de su lugar de residencia, la patronal liquidó bien y proporcionalmente dichos adicionales (vide:

considerando de fs. 171 vta.).----------

----Lógica consecuencia resulta, en virtud que se acogen las diferencias correspondientes al básico mensual y al adicional por transporte de sustancias peligrosas que se tienen por devengados e impagos al actor, que procedería de la misma manera ajustar a la nueva base de cálculo que resulta de ello, la liquidación de la indemnización por el despido indirecto en el que con justa causa se colocara el trabajador. No obstante bien observa el Dr. De Cunto que en el fallo apelado se tomó un importe mayor al liquidado por el actor en su demanda (vide: considerando de fs. 172 vta. -$ 2.103,95; y, escrito de demanda, punto V, apartado “b”, ítem 1, de fs. 8 -$ 2.093,42-), por lo que vacío de contenido crítico ha quedado el presente tópico. Así lo voto.----------

----2) **Procedencia de la indemnización especial del art. 45 de la Ley 25.345**: El Sr. Juez a quo estableció para desestimar la pretensión del epígrafe, que no se cumplió con la intimación a la entrega del certificado de trabajo tal como lo exige el texto agregado al art. 80 de la L.C.T., por el art. 45 de la ley 25.345 y su reglamentación por art. 3ro. del Dcto. Nº 146/01.----------

----Aduce la parte actora impugnante en sustento del presente agravio que con fecha 19/03/2009 mediante telegrama colacionado laboral que individualiza con su numeración que efectivizó tal intimación, añadiendo que interpuso la demanda el 29/04/2009, por lo que –entiende- que transcurrieron ampliamente más de 30 días por lo que la demandada está incursa en mora.----------

----Es evidente de la sola constatación del texto del despacho telegráfico de fecha 19 de marzo de 2009, que fuera aludido por el recurrente, que concomitantemente con la comunicación de su decisión rupturista, la que advierto en realidad ya había sido comunicada antes por despacho de fecha 12 de marzo de 2009 en términos similares, efectivamente el trabajador intimó a la patronal a la entrega de los recibos oficiales de haberes y a que se le haga entrega de constancias documentadas de aportes *“...y toda otra documentación ordenada por la legislación vigente...”* (en el primero de los citados despachos) o que se le acreditare (en el segundo) la realización de los aportes y contribuciones a los organismos de la seguridad social *“...bajo apercibimiento de lo dispuesto en el art. 45 de la ley 25.345...”* (sic) (vide: fs. 1/2, de la documental reservada a fs.8 vta., que tengo a la vista). Sin embargo, también es evidente de lo reseñado que en lo que respecta a la intimación exigida por el texto agregado por el art. 45 de la ley 25.345 al art. 80 de la L.C.T., lo hizo de manera prematura y, por ende, extemporáneamente (conf. art. 3º del Dcto. Nº 146/01).----------

--- Es que tales documentos laborales (las constancias documentadas de aportes de Seguridad Social y el certificado de trabajo) no puede entenderse que han sido correctamente reclamados en circunstancias en las que no se cumplen los recaudos específicos que la normativa prevé a tal fin.----------

----La intimación de los certificados formulada en la demanda tampoco logra

cumplimentar los requisitos exigibles para la entrega de los certificados del art. 80 de la L.C.T., ya que el deber de buena fe, que rige en la relación entre las partes, máxime el vínculo filiatorio que los une, obliga que se interprete que el trabajador debió intimar en tiempo y forma a su empleadora a los fines de brindarle la posibilidad de que satisfaga tal obligación previo al inicio de la acción judicial. Este es el criterio seguido por el Superior Tribunal de la provincia (Conf. S.T.J.Ch., in re: “F., N. c/ P. S. I. S.A. s/Cobro de Pesos-Laboral”, del 19/10/2006, S.R.E., Nº 15/2006).---------- Por ello, concluyo, la falta de intimación extrajudicial oportuna conlleva la desestimación de la impugnación deducida en contra del rechazo de dicha multa. Así lo dejo propuesto al acuerdo que se decida.---------- ----------

----III.- Conclusión: ----------

--- Por todo lo expuesto, corresponderá revocar parcialmente el fallo venido en apelación, para elevar el monto del capital de condena a la suma total de **Pesos Diecisiete Mil Cuatrocientos Cincuenta y Nueve con Treinta y Tres Centavos ($ 17.459,33)** con más los intereses fijados en el anterior grado; confirmándolo en todo lo demás que fuera motivo de agravios.----------

--- Atento al resultado que se perfila, será menester adecuar a este nuevo pronunciamiento la atribución de las costas devengadas en la anterior instancia (Conf. Art. 279 del C.P.C.C. –actual art. 282 de la Ley XIII Nº 5 Anexo A-). A tal efecto, estimo adecuado seguir el mismo análisis global del pleito para lo cual es necesario, antes, recordar el modo en que se posicionaran cada una de las partes ante el mismo al momento de trabarse la litis. Y cabe tener presente en tal sentido que la demandada se posicionó en solicitar lisa y llanamente el rechazo total de la demanda sin efectuar ninguna puntual observación a la liquidación practicada por el actor en consonancia con las pretensiones deducidas por él en la demanda, sino que se restringió a calificarla de “increíble liquidación” a la misma (ver: escrito contestatario, punto V –fs. 15 vta.-).---------

--- De tal manera pues, es de ponderar que ante el reclamo de diferencias salariales con fundamento en la omisión de liquidar el básico mensual de la categoría 1ra. correspondientes a los chóferes de larga distancia independientemente de los viajes que realicen; y, los adicionales por kilómetros recorridos, viáticos y por transportes de productos peligrosos, prosperaron los que, estimo, tuvieron a la postre mayor trascendencia económica. Me refiero al básico mensual de la categoría 1ra.- (conf. art. 4.2.2. del C.C.T. 40/89); y, al porcentual fijado como adicional por transporte de materiales tóxicos a computar sobre dicho básico (conf. art. 5.6.2. del C.C.T. 40/89). Y, que de la liquidación de los rubros indemnizatorios solo se desestimó el correspondiente a la indemnización especial del art. 80 de la L.C.T. (según texto agregado por art. 45 de la Ley 25.345).----------

--- Es decir, en síntesis, en tren de justipreciar la medida de los éxitos y derrotas acontecidos en primera instancia, encuentro apropiado asignar que las costas devengadas en ella sean a cargo en un 80% a la parte demandada y en el 20% restante

a la parte actora, por resultar tales guarismos, a mi ver, ajustados a los vencimientos mutuos obtenidos por ellas en el anterior grado (Conf. art. 71 del C.P.C.C. –actual art. 72 de la Ley XIII Nº 5 Anexo A-).----------

--- Asimismo, desde que los honorarios de los letrados intervinientes en el anterior grado fueron fijados en alícuotas porcentuales, que justiprecio se corresponden con la extensión, calidad y eficacia de su tareas, y en la medida que independientemente del incremento del capital de condena que se propicia por el presente resolutorio, se ajustarán automáticamente al nuevo importe, considero que no será menester practicar a su respecto las adecuaciones previstas en el art. 279 del C.P.C.C. (actual art. 282 de la Ley XIII Nº 5 Anexo A).----------

--- A la par, acompañaré con mi voto la propuesta de atribución de las costas de segunda instancia que efectuara el Dr. De Cunto, por resultar la imposición del 50% a cada una, ajustada a los vencimientos mutuos y parciales obtenidas por ella por ante esta alzada (Arts. 71 y 279 del C.P.C.C. –actuales arts. 72 y 282 de la Ley XIII Nº 5 Anexo A-).----------

--- Los honorarios del Dr. E. A. M., letrado apoderado de la parte actora, por sus tareas de segunda instancia, apreciándolos por su extensión, calidad y resultado obtenido para su representación, estimo adecuado fijarlos en la suma equivalente al 30% de los que se les fijara a la representación letrada del actor por su actuación en la anterior instancia, con más el I.V.A. correspondiente (Conf. arts. 6 y 14 de la Ley 2.200 – actuales arts. 5 y 13 de la Ley XIII N1 4-; y, leyes 23.349 y 23.871).-------- Termino el tratamiento de la presente cuestión pronunciándome en ella PARCIALMENTE POR LA NEGATIVA.---------- **A LA SEGUNDA CUESTIÓN**, el Dr. De Cunto expresó:----------

--- En vista del acuerdo arribado acerca de la cuestión precedente, corresponde por tanto: I) REVOCAR PARCIALMENTE el fallo apelado, a fin de elevar la condena establecida en el pto. 1 del mismo a la suma de **pesos diecisiete mil cuatrocientos cincuenta y nueve con treinta y tres centavos ($ 17.459,33)**, confirmándolo en todo lo demás que fuera materia de agravio.----------

--- II) Imponer, por adecuación en los términos del art. 279 del CPCC -actual art. 282 de la ley XIII Nº 5 Anexo A-, las costas de la instancia anterior, en un 80% a la demandada y en un 20% al actor, manteniend.o los honorarios establecidos en la sede originaria.----
-

--- III) Imponer las costas de esta sede en un 50% a cada una de las partes (conf art. 71 del CPCC -actual art. 72 de la ley XIII Nº 5 Anexo A-).----------

--- IV) Regular los honorarios, por los trabajos realizados ante la Alzada, al letrado de la actora, Dr. E. A. M., en un 30% de lo regulado a los letrados de la misma parte en la instancia de origen, con más el IVA correspondiente.----------

--- Así lo voto.----------

--- **A LA SEGUNDA CUESTION** el Dr. Lucero dijo:----------

--- El pronunciamiento que corresponde dictar es el propuesto por el Dr. De Cunto, por resultar el mismo fiel reflejo del acuerdo antes alcanzado.----------

--- ASI LO VOTO.----------

--- Con lo que se dio por terminado el acuerdo, dejándose constancia que la presente se dicta por dos miembros del Tribunal por haberse logrado la mayoría (Art. 8º Ley V Nº 17; antes art. 9 Ley 1130, To. Ley 4550), pasándose a dictar: ----------

---------- **S E N T E N C I A**: ----------

--- Y VISTO: Por los fundamentos del Acuerdo precedente, la Sala “B” de la Cámara de Apelaciones de la ciudad de Trelew; RESUELVE:----------

--- REVOCAR PARCIALMENTE el fallo apelado, a fin de elevar la condena establecida en el pto. 1 del mismo a la suma de **pesos diecisiete mil cuatrocientos cincuenta y nueve con treinta y tres centavos ($ 17.459,33)**, confirmándolo en todo lo demás que fuera materia de agravio.----------

--- IMPONER, POR ADECUACION en los términos del art. 279 del CPCC -actual art. 282 de la ley XIII Nº 5 Anexo A-, las costas de la instancia anterior, en un 80% a la demandada y en un 20% al actor, manteniendo los honorarios establecidos en la sede originaria.----------

--- IMPONER las costas de esta sede en un 50% a cada una de las partes (conf art. 71 del CPCC -actual art. 72 de la ley XIII Nº 5 Anexo A-).----------

--- REGULAR los honorarios, por los trabajos realizados ante la Alzada, al letrado de la actora, Dr. E. A. M., en un 30% de lo regulado a los letrados de la misma parte en la instancia de origen, con más el IVA correspondiente.----------

---Regístrese, notifíquese y devuélvase.---------- ----------

----REGISTRADA BAJO EL N°_____DEL AÑO 2010 – SDL – CONSTE.----------

VILMA NOEMÍ BIRRI
SECRETARIA