En la ciudad de Puerto Madryn, a los días de mayo del año dos mil catorce, se reúne la Excma. de la Cámara de Apelaciones, con la Presidencia del Dr. Mario Luis Vivas y la asistencia del Sres. Jueces de Cámara Dr. Heraldo Enrique Fiordelisi y María Inés de Villafañe para celebrar acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **O., H. G. c/ P. C. E. S.R.L. s/ Cobro de pesos e indem. de ley" (Expte. N° 29 Año 2014)** venidos del Juzgado Laboral N° 2 (Expte. Nº 10099/11), en apelación. Los Sres. Magistrados resolvieron plantear las siguientes cuestiones: **PRIMERA CUESTIÓN:** ¿es justa la sentencia apelada? **SEGUNDA CUESTIÓN**: ¿qué pronunciamiento corresponde dictar? y expedirse en orden del sorteo de fs. 250.

A LA PRIMERA CUESTIÓN, la Sra. Jueza de Cámara María Inés de Villafañe dijo:

1.

La sentencia de primera instancia hizo lugar parcialmente a la demanda y condenó a P. C. E. S.R.L., a abonarle al Sr. H. G.O. dentro del quinto día y mediante depósito judicial la suma de PESOS CIENTO CATORCE MIL DOS CON SETENTA Y OCHO CENTAVOS ($114.002,78) más los intereses que indica. Impuso las costas a la demandada vencida y reguló los honorarios profesionales de los letrados y perito que intervinieron en autos. Para así resolver estableció que el despido incausado en que se colocó el actor fue ajustado a derecho en tanto, sin perjuicio a que se le abonaron las remuneraciones conforme la categoría profesional registrada, no se le dio tareas conforme a la misma y que las asignadas no concuerdan con su calificación profesional de chofer de 1era. Alude al deber de ocupación efectiva, a la variación de las condiciones esenciales del contrato y a la falta de acreditación de causas que justificaran el cumplimiento de aquel deber.

Se atiene a los cálculos de la pericia contable que no fue impugnada por las partes admitiendo las diferencias salariales en concepto de adicionales no remunerativos previstos en el CCT 40/89 ítems 4.2.4 viáticos y 4.2.5 inc.” a” y ” b “permanencia fuera de la residencia habitual desde el mes de abril de 2008 hasta abril de 2010. Para ello tiene también en consideración, que la parte demandada no cumplió con la exhibición de la planilla de control de kilometraje prevista en la norma convencional, haciendo efectiva la presunción de los arts. 52 y 54 de la LCT y arts. 41 y 43 de la ley XIV N° 1.
Admite el incremento indemnizatorio del art. 2 de la ley 25.323 y desestima el previsto en el art. 1 de la misma norma. Rechaza la multa del art. 45 de la ley 25345.
La sentencia es apelada por la demandada a fs.234, los agravios se agregan a fs. 237/240 y su réplica a fs.242/245.

2. <u>Los agravios de la demandada.</u>

Luego de reseñar los antecedentes del caso, el recurso gira en torno a la justificación del despido indirecto en que se colocó el actor sin considerar las justificadas causas por las cuales se modificaron parcialmente las tareas que venía cumpliendo y las diligencias adoptadas para que el actor no sufra menoscabo alguno. Argumenta que las testimoniales cumplidas dan cuenta que se le asignaron tareas y que como consecuencia de ello debe revocarse la sentencia sin que deban prosperar los rubros reconocidos para los días de mayo de 2010 en que faltó injustificadamente, diferencia SAC primer semestre 2010, y los que se admitieron como consecuencia del despido indirecto.
El segundo agravio se sostiene en el reconocimiento de las diferencias salariales en concepto de los adicionales no remunerativos previstos en el CCT 40/89 ítems 4.2.4 viáticos y 4.2.5 inc.” a” y ” b “permanencia fuera de la residencia habitual desde el mes de abril de 2008 hasta abril de 2010. Dice

que no existe constancia en el expediente respecto que el actor hubiera efectuado viajes de larga de distancia como tampoco la cantidad de los mismos y su duración. Agrega que los mismos están sujetos a que se justifique los viajes a una distancia mayor de los 100 km, cantidad de días y cantidad de kilómetros recorridos. Acota que nada obsta a tal demostración, que su parte no haya exhibido la planilla de kilometraje pues está prevista para el caso de permanecer habitualmente el chofer fuera de su residencia habitual y que en el caso se daba ocasionalmente por lo que resulta desproporcionado e injusto presumir que el actor realizó durante los veinticuatro meses viajes de larga distancia con permanencia fuera de su residencia y que no acreditó el actor los referidos viajes de larga distancia.

3. <u>Tratamiento de los agravios</u>

3.1

Para que sea procedente el despido directo dispuesto por el empleador o el despido indirecto fundado en justa causa que hiciere el trabajador, deben existir: un elemento objetivo, que es el incumplimiento contractual del empleador; un elemento subjetivo, que es la decisión de producir la extinción de la relación laboral (quiebre del principio de continuidad consagrado en el art. 10 de la LCT); y, un nexo entre ambos referido a que, como consecuencia de ese incumplimiento se haya generado una injuria grave que por su gravedad impida la continuidad del vínculo. A su vez, la comunicación de la decisión debe ser hecha por escrito, con expresión suficientemente clara de los motivos en que se funda la ruptura del contrato.

En el caso, para que resulte legítimo el despido indirecto decidido y comunicado por el trabajador, deberá probar de manera fehaciente la "causa" que le provocó la injuria: la norma del art. 242 LCT le impone al trabajador acreditar los extremos con prueba suficiente y precisa, a fin de

que el juzgador pueda evaluar con la prudencia y equidad necesaria si aquéllos fueron o tuvieron la entidad suficiente para provocar el quiebre del principio de continuidad consagrado en el art. 10 de la L.C.T.

La sentencia alude en primer término al incumplimiento por parte del empleador de dar ocupación efectiva, conforme la categoría profesional reconocida y que al otorgar tareas en una categoría inferior han variado las condiciones esenciales del trabajo, aludiendo por otro lado que la falta de dación de tareas exige la invocación y acreditación de las causales que puedan dar motivo a exceptuarse de dar ocupación efectiva.

Si bien es cierto que el art. 78, LCT, establece el deber patronal de dar ocupación efectiva conforme a su calificación o categoría profesional, también lo es que el mismo precepto introduce una importante salvedad: que el incumplimiento responda a motivos fundados que impidan la satisfacción de ese deber.

Señala Caparrós que *"Tampoco se ha admitido al empleador excepcionarse de su obligación de ocupación efectiva, cuando se trata simplemente de la frustración de la finalidad tenida en vista al contratar, por problemas derivados del comportamiento del mercado, de los proveedores o de los clientes, ni por la baja rentabilidad de la explotación. Estas dificultades constituyen un riesgo propio de la empresa, y ello indudablemente es así pues de esa manera se evitaría- entre otros aspectos-que la empresa incorpore una cantidad desusada de pretendientes a ocupación* "(Tratado de Derecho del Trabajo dirigido por Ackerman Tomo III pág. 75 y sus citas. Rubinzal Culzoni, Sta. Fe 2008.

En el caso, ninguna prueba se ha producido para justificar la decisión empresarial de discontinuar la actividad de transporte de mercaderías para la cual fue contratado el Sr. O. en la categoría de chofer de 1 del CCT aplicable, por cierto no acreditó tampoco que se tratara de una actividad ocasional y menos que en la contratación ambas partes hubieran sabido que

en el caso que esa actividad “no funcionara” (sic) el actor podría desempeñarse como chofer de la empresa.

A partir de ello, las explicaciones por las cuales no daría ocupación en las tareas para las que había sido contratado O. y que se continuaría abonando la remuneración conforme la categoría de chofer de 1era CCT, otorgándose las tareas de chofer que la empresa requiriera, son argumentos que trasuntan una decisión tomada por la empresa dentro de las facultades de organización que le son propias, pero que encuentran el límite en la imposibilidad de alterar las condiciones esenciales de trabajo acordadas. *“La determinación de la calificación contractual tiene importancia por las limitaciones que comporta el poder de discrecional del empresario como jefe de la empresa, pues el principio es que deben asignarse al trabajador las misiones para las que se lo ha admitido. Todo cambio de atribuciones que suponga un cambio de calificación y todo cambio de calificación deben considerarse prohibidos.”* (Ardoy, Juan José “Derechos y obligaciones de las partes en la LCT. Nociones y alcances del ejercicio del ius variandi “11/03/2010 Base Microjuris MJ-DOC-4595-AR | MJD4595)

Resulta un hecho no controvertido en la causa, que la empresa dejó de prestar servicios de traslado de mercadería durante el mes de abril y es el Sr. O. quien alegó como fecha del cese de tareas el día 13 de abril de 2010. Luego de esa fecha y contemporáneamente al intercambio epistolar el día 19 de abril se le encomendó un viaje a Comodoro Rivadavia.

En el marco probatorio dado, los testigos propuestos dan cuenta que se le habían otorgado tareas de chofer de la empresa (v. Elorriaga a fs. 172/173 y Toledo a fs. 174/175), como que se le encomendó un viaje a Comodoro Rivadavia y que a su regreso, no se había reintegrado a sus tareas.

La prueba referenciada permite tener por cierto que la empleadora incumplió con su deber de dar ocupación efectiva la que además de tareas concretas deberá ser conforme la calificación o categoría laboral de cada

trabajador (arts. 37 y 78, LCT). *"El deber del empleador de prestar ocupación efectiva al trabajador comprende darle tareas acorde al nivel de categoría contractual, y que la naturaleza de éstas termine siendo aquélla para las que fue contratado."* (Pissini, Pablo Raúl vs. Lácteos Matilde S.R.L. s. Cobro de pesos laborales. Cámara de Apelaciones en lo Laboral Sala I, Santa Fe, Santa Fe; 09-08-2002; Rubinzal on line; RC J 3904/04).

Hago tal afirmación porque el deber de ocupación del empleador previsto en el art. 78 de la Ley de Contrato de Trabajo no se limitaba al mero ingreso a la empresa poniéndolo en "estado de espera en la oficina" (v. absolución de posiciones del representante legal a fs. 146) o a conducir rodados de la empresa para buscar empleados o ser apoyo de otros empleados en el puerto o trasladarse a Comodoro Rivadavia para retirar monitores reparados. La obligación legal era garantizarle al empleado ocupación efectiva, de acuerdo a su calificación o categoría profesional que no es otra que la de chofer de camión de 1era CCT aplicable y las tareas que se le asignaron, no pueden en modo alguno identificarse con ellas.

El ámbito personal del CCT 40/89 establece que será de aplicación para la totalidad de los trabajadores ocupados en el transporte de cargas por automotor y a mi criterio, la naturaleza de las tareas encomendadas no tiene relación alguna con la categoría laboral tenida en consideración al tiempo de la vinculación de las partes(art 37 LCT).

Por su lado, tampoco tiene incidencia el argumento que se le continuaría abonando la remuneración conforme su categoría pues a más que no es posible determinar si ello se cumpliría (teniendo en cuenta el tiempo en que se mantuvo el vínculo laboral luego de la decisión de la empresa), lo cierto es que la demandada asumió en este proceso que la ocupación no se adecuaría a la calificación o categoría profesional tomada en consideración al momento de celebrar y ejecutar hasta abril de 2010, el contrato de trabajo.

"… la obligación no se agota con brindar lo que podríamos denominar" ocupación

formal", manteniendo al trabajador en su categoría profesional y en su nivel remuneratorio. Y ello es así, desde que el objeto principal del contrato de trabajo es "…la actividad productiva y creadora del hombre en sí", y por cuanto, solo después de llenado ese cometido" ha de entenderse que media entre las partes una relación de intercambio y un fin económico…" art. 4°, LCT…" (Caparrós, op. cit pág 74).

Luego de lo expuesto, reexaminada la prueba producida en autos a la luz de las reglas de la sana crítica, creo indudable que existía una efectiva sustracción de la empleadora al deber de ocupación efectiva (art. 78 LCT), sin que se haya acreditado la existencia de razones objetivas que eximan a la demandada de ese deber por lo cual, entiendo configurada una injuria patronal que hacía insostenible el mantenimiento del vínculo (art. 242 LCT).

Desde esa perspectiva, es evidente que la decisión resolutoria adoptada por el accionante se fundó en causa legítima y que, en tales condiciones, le asiste el derecho a las indemnizaciones que reclamó (arts. 232, 233, 245 y LCT).

Por lo que he de proponer al Acuerdo la desestimación de este agravio y la confirmación de la sentencia en este punto.

3.2.

El segundo agravio se asienta en el reconocimiento de las diferencias salariales correspondientes a la Categoría de Chofer de 1era. previstas en los ítems 4.2.4 (viáticos) y 4.2.5 inc. a y b (permanencia fuera de la residencia habitual desde el mes de abril de 2008 hasta abril del año 2010 conforme el CCT N° 40/89.

La sentencia admite su pertinencia con base en la omisión por parte de la empleadora de exhibir la planilla de contralor de kilometraje prevista en la norma convencional aplicable (art. 4.2.15), se vale de la presunción iuris tantum de los arts. 52 y 54 de la LCT que permite tener por ciertas las

afirmaciones del trabajador en la demanda judicial exclusivamente sobre las circunstancias que deben constar en tales asientos, a lo que aduna la regla del art. 41 de la Ley XIV N° 1.

Es cierto que existe una clara obligación patronal de llevar la planilla por kilometraje recorrido, ítem 4.2.15 del Convenio Colectivo de Trabajo 40/89, la cual y de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 54 de la Ley de Contrato de Trabajo, adquiere la misma relevancia que el libro especial establecido por el artículo 52, por lo que, la no exhibición a requerimiento judicial determina una presunción a favor de las afirmaciones del trabajador sobre las circunstancias que en ella debían constar -artículo 55- de la ley citada.

Pero lo que no puede obviarse es que el trabajador debió acreditar previamente su desempeño como chofer de larga distancia, lo que no ha sido probado pues frente a la negativa expresa de la contraria incumbía al chofer justificar aquellos viajes y tampoco existe declaración jurada de la cantidad de los mismos ni su duración. *"Cualquier presunción que se intente ante la falta de planilla de kilometraje -ítem 4.2.15. del Convenio Colectivo 40/89- requiere la previa acreditación de haber realizado los viajes de larga distancia invocados, es decir, que superaron los 100 km. del lugar habitual de trabajo como exige el ítem 4.2.1. del referido convenio."* (Cám. Conc. del Uruguay (ER) Sala laboral" Asselborn, Héctor c/ Huck, Hugo s/ Diferencias salariales y otros" Base elDial.com - AT2B5D). *"Para que el juramento sea eficaz debe efectuarse detallando los viajes realizados y kilómetros recorridos, como si se estuviesen volcando los datos en la planilla de contralor, ya que la presunción del juramento del conductor no puede funcionar en abstracto, ni ser un simple juramento de lo pretendidamente adeudado, ya que dicho juramento lo es sobre hechos y para que resulte efectivo no pude estar referido a una apreciación global, sino que es necesario que quien lo preste individualice la cantidad de kilómetros recorridos periódicamente, como así también las operaciones sobre las que reclama el adicional."*(Cám. Concordia E.R. Sala Laboral 4324 S 22-5-2001"AGUIRRE

Ramón c/ DREON Luis s/ Cobro de Pesos (Dif.salariales, días imp., integ., aguin. imp., vac.imp. y otros rubros).

La circunstancia que la pericia contable no haya sido observada, no resulta a mi criterio vinculante para aceptar sin más las conclusiones periciales. En el punto, el perito efectúa el cálculo sobre la base de la liquidación de horas extras poniendo a consideración de la señora magistrada su propuesta, la que es aceptada sin que medie consideración alguna, más que la falta de impugnación y obviando que no existe en la causa prueba destinada a justificar ni los viajes de larga distancia, ni el kilometraje cumplido y con ello la pertinencia de los viáticos estipulados en el convenio aplicable.

Por lo que de proponer al Acuerdo se admita la queja y con ello se revoque la sentencia en tanto admitió las diferencias salariales en concepto de adicionales no remunerativos previstos en el CCT 40/89 ítems 4.2.4 viáticos y 4.2.5 inc. “a” y “b” permanencia fuera de la residencia habitual, desde el mes de abril de 2008 hasta abril de 2010.

3.3

Luego de lo expuesto, concluyo que acreditada la causal invocada por la actora para disponer el distracto pero no las diferencias salariales argüidas, los agravios deben admitirse parcialmente con la consecuente revocación de la sentencia en el punto en que prospera la queja.

Sin perjuicio de lo anterior, soy del criterio que no corresponde la readecuación de las costas y honorarios dispuesta en la instancia de grado, conforme la manda del art. 282 del CPCC, en tanto la demanda en lo sustancial ha sido admitida (art. 57 Ley XIV N° 1 y 69 del CPCC)

Las costas en esta instancia se imponen por su orden en atención al modo en que prospera la apelación (art. 69 del CPCC). Los honorarios se proponen considerando el mérito, extensión y resultado obtenido y sobre la base de los que se determinen en la instancia de grado, para los Ab. R. S. y

R. C. en conjunto y proporción de ley, en el 28 % y para los letrados M. A. y F. A. en conjunto y proporción de ley, en el 28 % (art. 5, 9 y 13 de la ley arancelaria).

Voto a la primera cuestión, **PARCIALMENTE por la AFIRMATIVA**.

A LA PRIMERA CUESTIÓN, el Sr. Juez de Cámara Dr. Mario Luis VIVAS, dijo:

La Sra. Vocal preopinante se ha expedido suficientemente sobre los antecedentes fácticos de la presente causa, por lo que ingresaré directamente en el análisis de los agravios.

1.

Se agravia la parte demandada por estimar que el decisorio ha considerado que la negativa a dar ocupación efectiva, sin causa justificada por el empleador, aun abonando las remuneraciones, constituye un incumplimiento contractual de tal magnitud que habilita al trabajador, previa intimación, a considerarse despedido.

Sostiene que el pronunciamiento anterior no ha considerado que no se ha negado al actor tal "ocupación efectiva", y que, por el contrario, se le han dado nuevas tareas con el fin de preservar la relación laboral, teniendo en cuenta que el camión que conducía había dejado de pertenecer a la empresa. De ello, concluye que existieron causas justificadas no valoradas en la sentencia y que nunca fueron controvertidas por el accionante.

Agrega que el actor pasó, de ese modo, a trabajar como chofer de la empresa, y no del camión, que ya no pertenecía a ella. Es decir, el cambio de tareas se debió a que las que venía realizando el accionante ya no existían como tal. De allí que se le indicó tareas similares con el fin de conservar la relación laboral. Se le mantuvo la misma remuneración y

categoría, descartándose entonces un desmedro a la dignidad o respeto del trabajador. En esa línea de ideas, sostiene que se le asignó la conducción de un vehículo utilitario, realizando un viaje a la ciudad de Comodoro Rivadavia, lo que se encuentra corroborado con las declaraciones testimoniales de autos.

Sostiene, finalmente, que el deber de dar ocupación acorde con la categoría y función que el trabajador ostenta y viene desempeñando no es absoluto, cediendo cuando tal función ya no existe en la empresa.

El testigo de fs. 172/173, aseveró que una vez que la empresa se desprendió del camión que conducía el actor, pasó éste a manejar un utilitario (contestación a la pregunta 5ª), realizando con él viajes en el "casco urbano" y uno a la ciudad de Comodoro Rivadavia (contestación a la pregunta 6ª). Luego, el testigo de fs. 174/175, afirmó que una vez que la empresa no tuvo más al camión, el actor siguió desempeñándose como chofer, pero dedicado al sector operativo, para brindar apoyo a la "gestión operativa", trasladando al declarante a distintos puntos de las pesqueras, Aduana del centro de esta Ciudad, a Rawson y a Trelew. Agrega que cuando necesitaba que se trajera documentación, realizaba el propio actor las diligencias correspondientes (contestación a la 3ª pregunta). Aseveró que realizó un viaje a la Ciudad de Comodoro Rivadavia a buscar unos monitores.

Las declaraciones testimoniales precitadas no concuerdan sobre los lugares a los que se dirigía el actor, con la única salvedad de un viaje a Comodoro Rivadavia. Una, refiere viajes dentro del casco urbano de Puerto Madryn, en tanto la otra menciona viajes a Rawson y Trelew. Tampoco brindan precisiones sobre los sitios concretos de destino, haciendo referencia genérica de ellos, sin que resulten convincentes sus afirmaciones en ese aspecto. Tampoco queda claro a mi juicio qué tipo de "diligencias" debía de cumplir O., pues me quedan serias dudas si el trabajador pasó de chofer de camión a convertirse en cadete del testigo T. (son llamativas sus

reiteraciones en cuanto a que era “su chofer”, a tenor de la contestación a la 3a pregunta).

Lo cierto es que, sólo tengo para mí, que el actor viajó en una oportunidad a Comodoro Rivadavia en búsqueda de unos monitores LCD de la empresa y esa circunstancia es más propia de un “mandado” que de una tarea habitual de chofer de camión. Nótese al respecto que el art. 3,.1.1. (CCT 40/89) entiende por “conductor” a toda persona que realice *habitualmente* tal tarea, y la que invoca la demanda y corroboran los testigos fue meramente ocasional.

También adviértase que es la propia demandada apelante, la que refiere que, cuando conducía el camión, ocasionalmente realizaba viajes de larga distancia que lo obligara a permanecer fuera de su residencia habitual.

Conferir ocupación efectiva al trabajador constituye, en palabras de VÁZQUEZ VIALARD (“Derecho del Trabajo y la Seguridad Social”, T° I, Ed. Astrea, Bs.As., 1999, p.376/378) la primera obligación del empleador, por lo menos en el orden del tiempo y también en el de importancia, de conformidad con el art. 78, LCT. El empleado tiene derecho a que se le encomienden labores concretas. No puede sometérselo a un ocio obligatorio con las inevitables consecuencias desde el punto de vista psicológico y moral. De esta obligación sólo queda eximido el empleador temporalmente cuando existan "motivos fundados que impidan la satisfacción de tal deber" (art. 78, párr. 1°, LCT), por razones económicas, disciplinarias o de fuerza mayor (art. 219, LCT), extremo que la demandada no invocó.

No puede erigirse en excusa exculpatoria del empleador el hecho de haberse desprendido del camión. Sabido es que pesaba sobre la demandada, en su condición de empleadora, la obligación de garantizar ocupación efectiva, de acuerdo a su calificación o categoría profesional, sin que la demandada hubiera acreditado en autos motivos fundados para

eximirse de tal carga legal (arg. art. 78, LCT). En esa línea de ideas, no encuentro fundamento en la desaparición del camión, como bien que la empresa explotaba, un motivo fundado para exonerarla de la carga de otorgar ocupación efectiva.

No puedo soslayar tampoco que el ítem 3.1.1., ap. g) del Convenio señala que g) los conductores que por causa de fuerza mayor ya sea por falta de trabajo, rotura o desperfecto del camión que conducen, no puedan conducir el mismo, solamente podrán ser ocupados en tareas inherentes a su profesión y categoría laboral.

Permanecer el trabajador sin tarea efectiva (no se ha probado en autos la realización de actividad alguna, a no ser el viaje ocasional a Comodoro Rivadavia) constituye una conducta que atenta contra la dignidad del trabajador, que, a mi juicio justificó la injuria invocada por el trabajador (cfr. esta Cámara, en SDL 031/2013).

Ese "no hacer nada" impuesto al trabajador consistió en definitiva, en una grave alteración de las modalidades de su trabajo que, a mi juicio, configuran un exceso al derecho que la ley confiere al empleador en el art. 66, LCT (cfr. esta Cámara, fallo cit).

En síntesis, estimo que la empleadora, una vez desafectado el camión que el actor conducía, no logró acreditar la ocupación efectiva, de acuerdo a la categoría profesional del actor, acorde a las tareas que el actor venía realizando, a través de labores concretas.

Menos acreditó que las razones invocadas se debieran a causas económicas, disciplinarias o de fuerza mayor (art. 219, LCT).

Por tales motivos, considero que esta parcela del agravio debe ser desestimada.

2.

Se agravia la demandada por cuanto el decisorio ha admitido el reclamo por diferencias salariales en concepto de adicionales no remunerativos previstos en el Convenio colectivo del sector (ítems 4.2.4. - viáticos - y 4.2.5. inc. a) y b) - permanencia fuera de la residencia habitual). Considera que no hay constancias que acrediten tales viajes de larga distancia y su cantidad ni duración.

Señala que resulta desproporcionado e injusto presumir que realizó viajes de larga distancia durante los 24 meses reclamados.

El ítem 4.2.4 del CCT 40/89 señala en lo pertinente que "atento a las peculiaridades del transporte de larga distancia", los conductores percibirán una suma adicional por kilómetro recorrido en concepto de viáticos, el que nunca podrá ser inferior al resultante de la aplicación de trescientos cincuenta (350) kilómetros por día y por persona en viaje.

A su vez, el ítem 4.2.5., en lo que aquí interesa, dispone que cuando "el personal de larga distancia" debiera permanecer en las cabeceras y/o fuera de su residencia habitual por razones de servicio, una vez transcurridas las primeras doce (12) horas de inactividad forzosa como consecuencia del descanso parcial previsto en el ítem 4.2.12, el empleador deberá abonarle por cada veinticuatro (24) horas continuadas o fracción mayor de doce (12) horas, sumas adicionales.

Debo adelantarme a señalar que no ha habido declaración jurada del trabajador en cuanto a la cantidad de viajes, ni a su duración, circunstancia ésta que no lo habilita *per se* a reclamar por la totalidad del período. Ello, a propósito que la pericial contable se realizó sin tener a la vista, por no habérsele provisto, la planilla de contralor de kilometraje recorrido. Cabe aclarar en tal sentido, que el perito contador realizó su tarea partiendo de la premisa propuesta por la actora, sujeta en todo caso, a las probanzas de autos.

Sin embargo, encuentro que, previo a considerar la circunstancia apuntada anteriormente, el trabajador debió acreditar su condición de conductor de larga distancia.

Digo así, pues del juego armónico de los ítems 3.1.1 y 3.1.2. del Convenio colectivo del sector, un conductor de larga distancia es aquél que realice habitualmente tal tarea, posea registro habilitante para ello, y supera los cien (100) kilómetros del lugar habitual de trabajo.

Por otra parte, cuando el Convenio colectivo del sector se refiere a conductores de "primera categoría" (así estaba encuadrada su categoría laboral), prevé tres supuestos: a) los que conducen camiones semirremolques y/o con acoplados, b) los que su carga útil sea más de siete (7) toneladas y c), los de transporte a larga distancia, transporte cordillerano y de zonas montañosas. Máxime, si se tiene en cuenta que el representante legal de la demandada reconoció al absolver posiciones a fs. 146, que se trataba de un camión, compuesto por un tractor y un "semi" (ver también informe de fs. 179/182), siendo que éste último era de propiedad de la empresa, circunstancia que permite concluir que la "primera categoría" respondía al supuesto identificado en el apartado a) precedente.

A mi modo de ver, analizadas las constancias de autos, el actor no ha acreditado que realizara tareas habituales de conductor a más de cien kilómetros de su lugar de residencia habitual, ya que la categoría laboral en la que se encuadraba respondía al hecho de conducir camiones semirremolques y/ o con acoplados.

De modo entonces que la falta de prueba de dicho presupuesto fáctico (transporte de larga distancia, es decir, a más de 100 km del lugar de residencia habitual) del reclamo por los rubros 4.2.4. y 4.2.5, impide admitir el adicional que esos acápites contemplan (arg. art. 381, del CPCC).

En consecuencia, debe admitirse el agravio en este aspecto y revocar parcialmente el decisorio en análisis.

3.

Las costas de la Instancia anterior no han de ser readecuadas, tal como lo propone la Dra. De Villafañe, atento haber resultado fundamentalmente vencedor el actor de autos (arts. 57, ley de rito laboral; 69 y 282, del CPCC).
Por las mismas razones, tampoco deben readecuarse los honorarios regulados a favor de los profesionales intervinientes.
Las costas de la presente Instancia deberán ser soportadas en el orden causado, atento los vencimientos parciales y mutuos (art. 72, del CPCC), debiendo regularse los honorarios de los profesionales intervinientes en el modo en que lo hace la Dra. De Villafañe.
Por tales razones, voto por la **PARCIALMENTE por la AFIRMATIVA**

A LA SEGUNDA CUESTIÓN, la Señora Jueza de Cámara María Inés de Villafañe dijo:

De compartir los Sres. Jueces el sentido de mi voto, el pronunciamiento que debería dictarse es el que sigue:

1. REVOCAR PARCIALMENTE la sentencia de fs. 223/231 vta. en tanto reconoce diferencias salariales a favor del Sr. H.O. y confirmarla en todo lo demás que ha sido materia de agravios.
2. SIN READECUAR costas y honorarios de primera instancia (art. 282 CPCC).
3. IMPONER las costas en la Alzada en el orden causado (art. 72 del CPCC). **REGULAR** los honorarios de los Ab. R. S. y R.C. en conjunto y proporción de ley en el 28 % y para los letrados M. A. y F. A. en el 28 %, sobre los que se determinen en la instancia de grado. (art. 5, 9 y 13 de la ley arancelaria).

4) DE FORMA

Así lo voto.

A LA SEGUNDA CUESTION, el Sr. Juez de Cámara Dr. Mario Luis Vivas, dijo:

Que el pronunciamiento que corresponde dictar es el propuesto por mi colega de Cámara, Dra María Inés de Villafañe.
Así lo voto.

Con lo que se dio por terminado el acuerdo, dejándose constancia que el Dr. Heraldo Enrique FIORDELISI no emitió opinión por haberse formado la mayoría (arts. 7 y 8 de la Ley V N° 17) pasándose a dictar sentencia.

Puerto Madryn, de mayo de 2014.
En virtud de lo resuelto en el Acuerdo cuya copia antecede la Cámara de Apelaciones de la ciudad de Puerto Madryn pronuncia la siguiente:

S E N T E N C I A

1. REVOCAR PARCIALMENTE la sentencia de fs. 223/231 vta. en tanto reconoce diferencias salariales a favor del Sr. H. O. y confirmarla en todo lo demás que ha sido materia de agravios.
2. SIN READECUAR costas y honorarios de primera instancia (art. 282 CPCC).
3. IMPONER las costas en la Alzada en el orden causado (art. 72 del CPCC). **REGULAR** los honorarios de los Ab. R. S. y R. C. en conjunto y proporción de ley en el 28 % y para los letrados M. A. y F. A. en el 28 %, sobre los que se determinen en la instancia de grado. (art. 5, 9 y 13 de la ley arancelaria).
4) REGISTRESE, NOTIFIQUESE y DEVUELVASE.

REGISTRADA BAJO EL N° /14 SDL. CONSTE.