--- En la ciudad de Trelew, a los 03 días de mayo del año dos mil veintitrés, se reúne la Sala “A” de la Cámara de Apelaciones, con la Presidencia de la Dra. Florencia Cordón Ferrando y la presencia de la Sra. Jueza de Cámara Natalia Isabel Spoturno y la presencia del Sr. Juez de Cámara Dr. Marcelo Fernando Peral, para celebrar Acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **“V., V. P. c/ S. S. S.A. s/ Cobro de Pesos e Indem. de Ley” (Expte. Nro. 557 - Año 2022 CAT)**, venidos en apelación y expedirse en orden al sorteo practicado. El Magistrado y las Magistradas resolvieron plantear las siguientes cuestiones: PRIMERA: ¿Se ajusta a derecho la sentencia apelada? SEGUNDA: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

---**A LA PRIMERA CUESTIÓN**, la Dra. Natalia Isabel Spoturno dijo:

---I. La Jueza de Primera Instancia dictó Sentencia Definitiva N° 69/2022 mediante la cual hizo lugar a la pretensión de V. P. V. contra S. S. S.A. condenándola a abonar al actor en el plazo de diez días las sumas que resulten determinadas en la etapa de ejecución de sentencia conforme las pautas dadas, con más los intereses determinados en el considerando respectivo y capitalización desde la fecha de notificación de la demanda. Impuso las costas a la demandada vencida y reguló los honorarios de los profesionales intervinientes.

---En lo que aquí interesa, la Jueza tomó las siguientes decisiones:

1) Despido: consideró injustificado el despido notificado al actor mediante Acta Notarial N° 33 y dispuso el pago de las indemnizaciones correspondientes.

2) Diferencias salariales: hizo lugar a las diferencias salariales reclamadas. En este punto tuvo en cuenta que la empresa no demostró la cantidad de viajes realizados por el actor como manifestó que haría con los remitos emitidos por T. R. T. S.A. Agregó que conforme el art. 4.2.15 del CCT 40/89 el empleador tiene la obligación de llevar por duplicado una planilla rubricada por la Autoridad de Aplicación en la cual se deben asentar los kilómetros recorridos en cada viaje; y que conforme el art. 4.2.18 del mismo convenio, su inobservancia tiene como consecuencia tener que abonar al trabajador las mensualidades y retribuciones por kilometraje y demás ítems previstos en la planilla anexa que reclame el trabajador. Dijo que, existiendo la obligación legal de llevar planillas de kilómetros recorridos por parte del empleador, éste no las presentó. Tuvo en cuenta lo dispuesto por el art. 41 de la Ley XIV N° 1 y la declaración jurada del trabajador. En ese marco, y considerando la distancia existente entre D. y A. (849 km de acuerdo con lo informado por Vialidad Nacional) y la distancia desde Trelew hasta Dolavon, con más los kilómetros que debía recorrer en destino para realizar la descarga, consideró razonable el promedio de kilómetros mensuales denunciado por el actor (14.400). A partir de esta conclusión hizo lugar a los rubros horas extraordinarias, viáticos, permanencia fuera de la residencia

habitual y control de descarga. Finalmente, rechazó el rubro “pernoctada” dado que este viático está previsto para compensar gastos de alojamiento y el actor dormía en la cabina dormitorio del vehículo que conducía.

3) Base de cálculo de las indemnizaciones: consideró remunerativos los adicionales que percibía el actor. Las horas extras por kilómetro recorrido (porque no pueden tener otra naturaleza salarial); el control de carga y descarga (porque retribuye una función laboral específica del dependiente); la permanencia fuera de la residencia habitual (porque compensa esta circunstancia de vida que deben soportar los choferes de larga distancia en el desempeño de sus tareas) y los viáticos por kilómetro recorrido (porque se trata de un monto fijo que no se atribuye a ninguna erogación concreta). Consideró que todos estos adicionales resultaban de libre disponibilidad para el trabajador y por ende le significaban una ganancia que integraba su remuneración. Por ello declaró la inconstitucionalidad del art. 4.2.11 del CCT 40/89 a los fines analizados.

4) Multa del art. 80 LCT: hizo lugar a esta indemnización teniendo en cuenta que del acta notarial acompañada surge que Abrigo le manifestó a la escribana que concurrió al domicilio del actor y le informaron que no vivía allí. Que luego se dirigió al estudio jurídico de sus abogados quienes se negaron a recibir la documentación. Que por ello le requiere a la escribana que lo acompañe a repetir la diligencia. Que cuando la escribana acude al domicilio nadie atendió a los llamados. Que luego se dirigieron al estudio jurídico donde el abogado B. se negó a recibir la documentación alegando no tener instrucciones ni facultades para ello. La Jueza consideró que el acta notarial y sus constancias no alcanzan para liberar de responsabilidad a la demandada. Tuvo en cuenta que en el acta de notificación del despido se puso el certificado a disposición del trabajador en la sede de la empresa ubicada en la ciudad de Comodoro Rivadavia. También tuvo en cuenta que del telegrama cursado por el actor no surgen facultades para recibir documentación y que la diligencia se llevó a cabo el día 2/3/2020 y que la carta poder fue otorgada el 4/3/2020 aclarando que de la misma no surge tampoco facultades para este tipo de gestiones.

---II. La empresa demandada interpuso recurso de apelación mediante ID 823886 y expresó agravios mediante ID 838783. La actora no respondió agravios.

---III. La recurrente expresa los siguientes agravios: i) diferencias salariales; ii) inconstitucionalidad del CCT 40/89 y los conceptos no remunerativos y iii) multa del artículo 80 LCT. Los trataré en el orden en que fueron formulados.

---IV. Diferencias salariales:

---En el agravio dirigido a cuestionar las diferencias salariares reconocidas al actor, la demandada afirma que no se encuentra probada la distancia entre la Estación de Servicio de Trelew y Dolavon, si esa distancia era recorrida en forma constante por V. y tampoco

que el actor trasladara la carga a puntos de entrada distintos a Añelo como refiere la sentencia. Dice que lo único probado es la distancia entre Dolavon y Añelo (1700 kms. ida y vuelta) y que el juez no está habilitado, en función de subjetivos parámetros de razonabilidad, a llegar a conclusiones distintas a la que surge de la prueba. Luego, en relación a la cantidad de viajes considerada por la Magistrada (un promedio de 8 por mes) afirma que se contradice con la declaración de los testigos Abrigo y Romero. Afirma que V. trabajaba de lunes a viernes y descansaba los sábados y domingos. Dice también que cada viaje irrogaba 1 día entre Dolavon y Añelo, 1 o 2 días de espera para la descarga y 1 día para regresar. Llega entonces a la conclusión que si el viaje ida y vuelta consumía entre 3 y 4 días, trabajando de lunes a viernes, solo podía efectuar un viaje por semana o 4 viajes mensuales. De este modo cuestiona tanto la cantidad de kilómetros como la cantidad de viajes realizados por mes según la sentencia recurrida.

---Análisis del agravio:

---En mi opinión este agravio se encuentra desierto y así propongo al Acuerdo se declare. En efecto, analizados los agravios de manera paralela a la sentencia apelada, surge de manera clara que el recurrente no logró alcanzar, al menos en este agravio, los requisitos establecidos por el art. 60 de la Ley XIV N°1 y art. 268 CPCC motivo por el cual el agravio debe declararse desierto (art. 269 CPCC). Es que, tal como se desprende de la reseña efectuada antes, la recurrente ni siquiera intentó atacar los fundamentos dirimentes, limitándose a efectuar un cuestionamiento parcializado e insuficiente de la resolución en crisis.

--- Las motivaciones centrales de la Magistrada han quedado incólumes ante las argumentaciones del apelante, dado que, como dije antes, contra algunos fundamentos dirimentes del fallo no ha sido expuesta una crítica específica y racional. En suma, y tal como lo hemos resuelto en innumerables oportunidades, de no expresarse agravios acerca de cada uno de los puntos que integrando el tema de debate fueron considerados separadamente por el sentenciante, quedan consentidos aquellos sobre los que no medió precisa y fundada impugnación (confr.: C.S.N., L.L. 137-538; esta Cámara, SDL 75/1993, SDL 55/1994, SDL 105/1995, SDL 71/2000, SDC 47/2003, SDL 42/2004, SDL 13/2015, entre muchas otras). En efecto, los ataques parciales dejan incólumes las bases de sustentación de la sentencia atacada y producen, como lógica consecuencia, que adquiera firmeza todo lo que no fue debidamente cuestionado. Es que, cuando una sentencia tiene varios argumentos en los que se sustenta, si el apelante no ataca cada uno de ellos o deja alguno sin impugnación adecuada y ese argumento alcanza para sustentar por sí el decisorio, éste adquiere firmeza (esta Sala, SDL 35/2009, SDL 14/2015, SDE 3/2016, entre muchas otras).

---El motivo central por cual considero que el agravio se encuentra desierto es porque no atacó varios de los fundamentos dirimentes brindados por la Magistrada. En efecto, absolutamente nada dijo respecto de los siguientes fundamentos dados al momento de decidir:

+ La empresa no demostró la cantidad de viajes realizados por el actor como manifestó que haría con los remitos emitidos por T. R. T. S.A.;

+ Conforme el art. 4.2.15 del CCT 40/89 el empleador tiene la obligación de llevar por duplicado una planilla rubricada por la Autoridad de Aplicación en la cual se deben asentar los kilómetros recorridos en cada viaje;

+ Conforme el art. 4.2.18 del mismo convenio, su inobservancia tiene como consecuencia tener que abonar al trabajador las mensualidades y retribuciones por kilometraje y demás ítems previstos en la planilla anexa que reclame el trabajador;

+ El empleador no presentó las planillas de kilómetros recorridos que debe llevar por ser una obligación legal;

+ Lo dispuesto por el art. 41 y 43 de la Ley XIV N° 1 y la declaración jurada del trabajador.

--- Ninguno de estos fundamentos fue atacado por la recurrente sellando de ese modo la suerte del agravio (art. 60 de la Ley XIV N° 1 y arts. 268 y 269 del CPCC).

---V. Conceptos no remunerativos:

---En su segundo agravio la rec--urrente afirma que la decisión sobre la cuestión vinculada con la constitucionalidad de los conceptos no remunerativos resulta arbitraria y destaca que la Magistrada declaró de oficio la inconstitucionalidad del art. 4.2.11 del CCT 40/89. Agrega que la Jueza reconoció que el art. 106 de la LCT habilita la posibilidad que mediante CCT se establezcan viáticos de carácter no remunerativo y sin exigencia de rendir cuentas como lo hace el CCT 40/89. Cita, en apoyo de su postura, lo resuelto en el Plenario 247 de la CNAT “A.” y también distintos precedentes de la CNAT que, en síntesis, reafirman la posibilidad que tienen los CCT de establecer viáticos de carácter no remunerativo y otros en los que se resolvió que los viáticos previstos en el CCT 40/89 no revisten carácter salarial. Agrega que la judicial no es vía competente para cuestionar o impugnar el CCT sin agotar previamente la vía administrativa. Señala que los ítems 4.2.4 y 4.2.5 a) CCT 40/89 no son remuneración sino viáticos conforme lo establece el ítem 4.2.11 y por ello alcanzados por el art. 106 LCT. Todas estas normas, afirma, superan la prueba de constitucionalidad. Dice que en este caso no se ha demostrado que los viáticos generen una diferencia a favor del empleado entre lo gastado y lo recibido y que, acreditar este extremo es un requisito necesario para decretar la inconstitucionalidad del CCT 40/89. Finaliza solicitando que se revoque la decisión y se disponga que tales conceptos no

integren la base de cálculo respecto de los rubros indemnización por antigüedad, preaviso, SAC preaviso, integración mes de despido y su SAC, vacaciones proporcionales y su SAC proporcional, etc.

---Tratamiento del agravio:

---A fin de tratar el presente agravio corresponde antes hacer una aclaración importante. Los rubros reconocidos por la Magistrada son los siguientes:

i) horas extras por kilómetro recorrido (4.2.3 CCT 40/89): en este caso afirmó que poseen naturaleza salarial; ii) control de descarga (4.2.6 CCT 40/89): consideró que su naturaleza también es salarial porque retribuye una función laboral específica del dependiente; iii) permanencia fuera de la residencia habitual (4.2.5. inc. a CCT 40/89): también lo consideró remunerativo porque compensa esta circunstancia de vida que deben soportar los choferes de larga distancia en el desempeño de sus tareas; iv) viáticos por kilómetro recorrido (4.2.4 CCT 40/89): les otorgó carácter remunerativo porque se trata de un monto fijo que no se atribuye a ninguna erogación concreta.

--- Ahora bien, el carácter salarial de los dos primeros rubros mencionados (i y ii) no fue cuestionado por la demandada de modo que su naturaleza arribó firme a esta instancia.

---El agravio se dirige exclusivamente a cuestionar la naturaleza remunerativa otorgada en la sentencia a los “viáticos” y a la declaración de inconstitucionalidad del art. 4.2.11 del CCT 40/89 que se refiere, de los rubros antes mencionados, solamente a los identificados con las letras iii) y iv).

---A fin de resolver, creo necesario recordar que esta Sala ya ha tenido ocasión de expedirse, en sus distintas composiciones, en reclamos similares al que hoy nos ocupa. --- En mi caso, lo hice en la SDL 50/2015 en la que resolví, en fundamentos que reitero hoy a fin de fundar mi propuesta de solución, lo siguiente:

--- El art. 103 de la LCT establece la naturaleza salarial de las prestaciones, criterio que resulta aplicable a los viáticos, aun cuando, como en el caso, las partes convencionales les otorgaran carácter no remuneratorio y sin perjuicio de que no existiese obligación de presentar comprobantes.

--- La LCT regula el pago de viáticos en su art. 106 del siguiente modo: “Los viáticos serán considerados como remuneración excepto en la parte efectivamente gastada y acreditada por medio de comprobantes, salvo lo que en particular dispongan los estatutos profesionales y convenciones colectivas de trabajo”. La ley establece un principio general —se consideran remuneración salvo en la parte efectivamente gastada y acreditada por medio de comprobantes— y se agrega “salvo lo que en particular dispongan los estatutos profesionales y convenciones colectivas de trabajo”. Esta salvedad que contiene la LCT

encuentra su limitación en la Ley 14.250 que no permite la denominada “negociación a la baja”. Esto es, que mediante un CCT se puede mejorar lo dispuesto en las leyes generales, pero nunca empeorar la situación del trabajador. Por ello, si el convenio colectivo aplicable contiene —como en este caso— una cláusula de menos protección que la Ley de Contrato de Trabajo, debemos dejarla de lado y aplicar la LCT.

---En esa misma sentencia (SDL 50/2015), el Dr. Velázquez dijo lo siguiente: “Bien decidió el Señor Juez ‘a quo’ computar los viáticos percibidos como remuneratorios, no obstante la disposición del art. 33 inc. “C”, párr. 2° del CCT 507/07, pues tal norma convencional debe ceder ante el precepto de superior jerarquía del art. 106 L.C.T. Es que si este último dispone que los viáticos serán considerados como remuneración excepto en la parte efectivamente gastada y acreditada por medio de comprobantes, no fue legítimo que en la convención colectiva fuera establecido que aquéllos no tendrían ese carácter sin necesidad de ser acreditados por comprobante alguno. Topa tal norma de la convención con el expreso texto del art. 7 de la Ley 14.250., en tanto éste impone que toda disposición de los convenios colectivos de trabajo se ajuste a las normas legales que rigen las instituciones del derecho del trabajo, ‘a menos que las cláusulas de la convención relacionadas con cada una de esas instituciones resultaran más favorables a los trabajadores’. La subordinación de la preceptiva convencional a la normatividad legal ha sido claramente consagrada por el legislador como regla general. Por cierto que la segunda porción del dispositivo prevé una excepción, mas también aquí el legislador fue explícito y diáfano: para separarse de la ley la cláusula de la convención debe ser más favorable al trabajador. Abocados a la tarea de la imprescindible comparación para establecer el mayor o menor beneficio que para el operario traería una u otra norma, es decir el art. 106 LCT y el art. 33 inc. ‘C’, párr. 2° del CCT 507/07, no columbro la menor duda acerca de que le es más conveniente a él es la primera, que le asegura el cómputo de los viáticos como remuneración a todos los efectos y no la segunda que lo priva de dicho beneficio. Y es bien sabido que, conforme a los principios ‘protectorio’, ‘de la norma más favorable’ y de la ‘jerarquía de las fuentes’, debe prevalecer una norma legal sobre la convencional si aquélla fuere más favorable al trabajador (confr.: C.N. Trab., Sala I, D. T.
1986-B-1127; esta sala, c. 142/14, SDL 21/14)”.

---A idéntica solución arribaron los Dres. Peral y Cordón Ferrando en la SDL 97/2018.

---Y también la Sala B de esta Cámara de Apelaciones en la SDL 22/2020.

---En esta última sentencia, el Dr. Lucero dijo: “la norma contenida por el art. 106 de la LCT, compaginada con los items 4.1.11, 4.1.12 y 4.1.13 del CCT 40/89, en cuanto disponen que los rubros de ‘comida’ y ‘viático’ que se reconocen a los dependientes -sin necesidad de rendición de cuentas-, por la prestación de servicios fuera de la sede de la

empresa, no forman parte de la remuneración, ha de ser armonizada con el marco constitucional de protección del salario del trabajador, que resulta prevalente, en la línea hermenéutica expuesta precedentemente. De modo tal, que debe ser entendida –al menos, en la especie– que rige desde la perspectiva que arroja la regla primaria que contiene, al establecer 'Los viáticos serán considerados remuneración...' (Sic). De manera tal que, en virtud que la norma convencional establece que no se le requiere rendición de cuenta ni presentación de comprobante alguno, ha de considerarse a los viáticos que se reconocen a los empleados de la actividad como remunerativos".

---Y el Dr. De Cunto, luego de hacer un exhaustivo análisis de las normas constitucionales y de la jurisprudencia de la CSJN, llegó a la misma conclusión que su colega de Sala. En particular, y con relación a lo dispuesto por el art. 106 LCT, con cita de Pinto Varela, dijo: "la norma expresamente establece que no será salario la parte efectivamente gastada y acreditada por medio de comprobantes. En definitiva, quien pretenda sostener que no tenían carácter salarial las sumas dadas por este concepto deberá acreditar que le fue exigido al dependiente comprobantes de dichos gastos. Dos son los recaudos que prevé la disposición legal para considerar que los viáticos no revisten carácter salarial: a) existencia de un gasto efectivo: suma que se paga a un tercero ajeno a la vinculación laboral por un servicio; b) existencia de un comprobante: un medio documental -factura, boleto, recibo- emitido por un tercero que prestó el servicio y entrega a quien usó dicho servicio y lo pagó".

----Antes de finalizar creo necesario aclarar que no puede considerarse hecha "de oficio" la declaración de inconstitucionalidad efectuada en la sentencia recurrida, dado que el actor, para calcular las indemnizaciones adeudadas, tomó la mejor remuneración que agrupó bajo el concepto de "devengado" aclarando expresamente que comprendía los conceptos remunerativos y no remunerativos. Sin perjuicio de ello, en las sentencias de esta Sala y de la Sala B antes referidas, llegamos a la misma conclusión sin necesidad de declarar la inconstitucionalidad de la norma.

--- Por todo lo antes expuesto, propongo al acuerdo confirmar la decisión recurrida.

---VI. <u>Artículo 80 LCT</u>:

---En su último agravio la recurrente cuestiona la procedencia de la indemnización prevista en el art. 80 LCT. Señala que se omitió considerar circunstancias probadas y relevantes que obligan, en su opinión, a no aplicar la multa. Enumera las circunstancias del siguiente modo:

i) Los arts. 129 LCT y 874 CCyC establecen que el cumplimiento de la obligación de dar se verifica en el domicilio del empleador-deudor, de modo tal que habiendo puesto a disposición del trabajador los certificados requeridos en el lugar de cumplimiento de la obligación, nada puede reprocharse a S. S. S.A.

ii) S. S. S.A. confeccionó los certificados con anterioridad a recibir la intimación de V., los puso a disposición y V. no los retiró.

iii) Ante la intimación cursada por V. se le comunicó que se concurriría al domicilio por él indicado en su TCL y se le entregarían los certificados.

iv) De acuerdo con la declaración de Abrigo, éste concurrió en varias oportunidades al domicilio indicado para entregar el certificado y no fue atendido.

v) La empresa dejó constancia mediante escritura pública de haber concurrido al domicilio de V., de no haber sido atendido, de haber concurrido al domicilio de los abogados de V. y de la negativa de los abogados a recibir los certificados.

---Afirma que tanto V. como sus abogados desplegaron una conducta de obstrucción y mala fe. Cita como aplicable la regla de buena fe prevista en el art. 63 LCT y art. 10 CCyC en cuanto afirma que la ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Concluye que S. S. S.A. cumplió en tiempo y forma con su obligación de confeccionar los certificados y que, además, desplegó la diligencia exigible para intentar entregar los certificados. Agrega que los acompañó al momento de contestar demanda.

---Tratamiento del agravio:

---Adelanto que en este caso voy a proponer al acuerdo acoger el agravio. En mi opinión, de las constancias de la causa y conducta desplegada por las partes, en especial por la demandada, no puede extraerse como consecuencia la imposición de la sanción prevista en la norma.

---El actor en su demanda fundó su pedido en que la demandada se había limitado a poner a su disposición los certificados en el domicilio de la empresa, en Comodoro Rivadavia. Por esa razón, y conforme jurisprudencia que cita respecto de la insuficiencia de poner a disposición los certificados, consideró que la indemnización resultaba procedente y así la solicitó.

---La demandada, al contestar demanda, dijo (i) que mediante CD puso a su disposición los certificados en el domicilio de la empresa y también que enviaría personal de la empresa a llevárselos a su domicilio y en su defecto al estudio jurídico indicado; (ii) que la CD fue remitida al domicilio consignado por el trabajador en su TCL; (iii) que confeccionó en tiempo y forma el certificado art. 80 LCT y el formulario PS 6.2 ANSES aclarando que lo confeccionó el 12/2/20 y certificó sus firmas el 13/2/20, antes de recibir la intimación enviada por el actor el 19/2/20; (iv) M. A. A. concurrió personalmente al domicilio del actor a fin de entregarlos y nadie atendió; (v) La misma persona concurrió al domicilio de los abogados del actor quienes no lo recibieron por no contar con poder suficiente para hacerlo; (vi) estas circunstancias se encuentran acreditadas con la escritura pública 69

pasada al folio 204 del registro notarial de la escribana A. M.; (vii) acompañó los certificados junto con la contestación de demanda.

---A fin de resolver cabe recordar que conforme reiterada jurisprudencia, incluso de esta Sala, no basta con que la empleadora argumente que los certificados estuvieron a disposición del trabajador, sino que es necesario que arbitre los medios para su entrega (CNAT, Sala VI, Expte. 37.185/2012, SD 68.491, del 28/4/2016 (Raffaghelli-Craig) (citado por Fernández Madrid, Juan Carlos, Ley de Contrato de Trabajo Comentada, Tomo II, Erreius, 2018, pág. 1000).

---Ahora bien, las circunstancias de hecho alegadas y demostradas en esta causa me llevan al convencimiento de que en este caso, la conducta desplegada por la demandada respecto de su obligación de entregar los certificados al trabajador no merecen reproche alguno.

---En efecto, la demandada no se limitó a poner a disposición del trabajador los certificados sino que arbitró los medios para entregarlos y ello se encuentra suficientemente acreditado. En este sentido, de las pruebas producidas en la causa surge con claridad que, además de ponerlos a su disposición, intentó entregar los certificados en el domicilio indicado por el actor en su TCL de fecha 19/2/2020 (Pje. C. x., B° L. y F.de Trelew) y también en el estudio jurídico de sus abogados a través de M. Á. A. (conforme surge de su declaración testimonial y también del acta notarial acompañada a la contestación de demanda).

---Por otra parte, se observa en los certificados acompañados a la contestación de demanda y que no fueron observados por la actora que las firmas que contienen fueron certificadas el día 13/2/2020, esto es, transcurrido un mes desde el despido (producido a partir del 13/1/2020 según acta notarial agregada a la causa) y seis días antes de que el actor enviara su intimación.

---En síntesis, en mi opinión la decisión debe revocarse, no porque la empresa pusiera los certificados a disposición del trabajador, sino porque de todas las circunstancias antes descriptas se desprende que arbitró los medios a su alcance para cumplir con la entrega. Y, además, porque se encuentra probado que la certificación bancaria de las firmas que contienen fue efectuada dentro del plazo legal.

---Por lo expuesto, propongo al Acuerdo hacer lugar a este agravio y dejar sin efecto la condena a abonar la multa prevista en el art. 80 LCT.

---VI. Conclusión:

---Por las razones dadas propongo al Acuerdo revocar parcialmente la sentencia apelada dejando sin efecto la condena a abonar la indemnización prevista en el art. 80 de la LCT y confirmarla en todo lo demás que fuera materia de agravio. En consecuencia, y dado

que prospera uno de los tres agravios expresados, propongo imponer el 70% de las costas a la demandada y el 30% restante al actor (art. 72 CPCC).

---Por último, por las labores en la alzada, considerando la extensión, resultado y calidad de las tareas cumplidas, propongo regular los honorarios de los letrados apoderados de la parte demandada, Dres. G. L. C., N. L. de E. y J. F. L. G., en conjunto, en el 4,5% del monto del proceso que sea determinado en la etapa de ejecución de sentencia con más el IVA si correspondiere (arts. 5, 6, 8, 9, 13, 18 y 46 de la Ley XIII N°4).

---Voto en consecuencia a la primera cuestión PARCIALMENTE POR LA AFIRMATIVA

---**A LA PRIMERA CUESTIÓN**, la Dra. Florencia Cordón Ferrando expresó:

---I.- Atendiendo a la claridad de la reseña efectuada por la Magistrada preopinante, tanto de la sentencia de origen de fecha 04/10/2022 como de los agravios deducidos por la demandada (ID 851903), me remito a dicha reseña en honor a la brevedad, adentrándome directamente al asunto.

---Coincide mi opinión con la expuesta por la prevotante de modo que para fundar mi voto individual en cumplimiento de la manda del art. 169 de la Const. Prov., bastará que formule las siguientes consideraciones.

---II. Diferencias Salariales.

---La recurrente en su primer agravio cuestiona el reconocimiento de las diferencias salariales reclamadas por el actor.

---Acuerdo con la doctora Spoturno en que el presente agravio se encuentra desierto por insuficiencia técnica. Ello se patentiza en que el recurrente no cuestionó los argumentos fundantes de la sentencia consistentes en que: i) los remitos acompañados por la demandada fueron desconocidos por el actor y no se produjo prueba informativa para probar su autenticidad; ii) era obligación de la empleadora llevar por duplicado la planilla rubricada por la Autoridad de Aplicación en la que se asientan los km. recorridos; iii) su inobservancia determina que se deban abonar al empleado las mensualidades y retribuciones por kilometraje y demás ítems; iv) la carga de la prueba contraria a la reclamación se encontraba en cabeza del empleador en virtud de lo dispuesto en el art. 41 y 43 de la Ley XIV N° 1.

---En efecto, la recurrente se limita en su agravio a sostener que la jueza, efectuando un razonamiento en base a “probabilidades”, tuvo por probada la distancia recorrida por el actor entre la Estación de Servicio de Trelew y Dolavon, la cantidad de viajes que realizaba para la demandada y que trasladaba la carga a puntos de entrada distintos a Añelo. Agrega que las conclusiones de la sentenciante se contradicen con la prueba realizada en la causa,

entre las que menciona la declaración de los testigos A. y R. y también con las afirmaciones realizadas por el propio actor en su demanda.

---Ello en mi entendimiento no constituye una adecuada crítica concreta y razonada en los términos de los arts. 268 del CPCC y 60 de la Ley XIV N° 1.

---Como es sabido, debe ser considerado “agravio” toda crítica dirigida a las denominadas “cuestiones esenciales”, que son las que hacen a la estructura de la litis y su esquema jurídico. En este caso no se impugnan la totalidad de los argumentos esenciales y dirimentes que conformaron el razonamiento probatorio seguido por la Magistrada para tener por acreditadas las diferencias salariales.

---Explica la doctrina que la expresión de agravios debe refutar las conclusiones establecidas en la sentencia en lo que atañe a la apreciación de los hechos, la prueba o la aplicación de normas jurídicas; lo que obliga a agregar que dicha crítica debe cuestionar todos y cada uno de los distintos fundamentos, independientes entre sí, que incluya la sentencia. Si ésta se apoya en distintos fundamentos, como en este caso, y alguno de ellos no se critica o se lo hace deficientemente, el recurso debe quedar desierto (conf. Palacio, Lino E. “Derecho Procesal”, Abeledo-Perrot, BuenosAires, 1975, p. 266; Rosales Cuello, Ramiro, “Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires”, La Ley, 2014, Tomo III, pág. 1979.).

---Cabe recordar que la expresión de agravios no es una simple expresión retórica carente de sentido ni una mera exigencia ritual, debe constituir una exposición jurídica que contenga una “crítica concreta y razonada de las partes del fallo que el apelante considere equivocadas” (arts. 60 de la Ley XIV Nro. 1 y 268 del CPCC). La crítica es concreta cuando se refiere a lo preciso y se cumplimenta indicando cual es el agravio y es razonada cuando se focaliza en los fundamentos del fallo atacado, precisando los errores, deficiencias e inconsistencias que se atribuyen a los razonamientos desarrollados por el Juez en la sentencia impugnada, especificando con claridad los fundamentos de las objeciones. (conf. esta Sala, SDL nro. 75/2018, entre muchas otras).

---Es sabido que discutir los criterios sentenciales sin fundar sustancialmente la oposición o sin dar bases jurídicas a un distinto punto de vista, no es expresar agravios. Es que la fundamentación del recurso de apelación no puede consistir en una mera discrepancia que manifieste el recurrente con el criterio sustentado por el juez de la causa (conf. Arazi, Roland - Rojas, Jorge A., "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación", Ed. Rubinzal y Culzoni, Santa Fe, 2001, Tomo I, p. 835).

---Por los motivos expresados, no habiendo efectuado la recurrente una crítica concreta y razonada de la totalidad de los fundamentos utilizados en la sentencia para hacer lugar al reclamo por diferencias salariales, considero que el primer agravio se encuentra desierto.

---III. <u>Conceptos no remunerativos:</u>

---En la sentencia apelada, la Jueza determinó el carácter remunerativo de las horas extras por kilómetro recorrido (art. 4.2.3 CCT 40/89), el control de descarga (4.2.6 CCT), la permanencia fuera de la residencia habitual (4.2.5 inc. a CCT 40/89) y los viáticos por kilómetro recorrido (4.2.4 CCT 40/89) y señaló que como todos esos adicionales resultaban de libre disponibilidad para el trabajador y, en definitiva, una ganancia que forma parte de su remuneración. A tal fin declaró la inconstitucionalidad del art. 4.2.11 del CCT 40/89.

---La demandada considera que debe revocarse la declaración de oficio de inconstitucionalidad del art. 4.2.11 CCT 40/89. Refiere que el art. 106 LCT permite que un CCT establezca viáticos de carácter no remunerativo sin que deba rendirse cuentas, lo que ocurre en el caso del CCT aplicable al caso. Cita el plenario de la CNAT "Aiello". ---Cabe aclarar que la crítica se efectúa únicamente en relación a los items "viáticos por kilómetro recorrido" (4.2.4 CCT 40/89) y "permanencia fuera de la residencia habitual" (4.2.5. inc. a CCT 40/89), por considerar que constituyen viáticos conforme lo establece el ítem 4.2.11 del CCT; habiendo adquirido firmeza en consecuencia el carácter salarial de los dos primeros rubros mencionados (horas extras y control de descarga).

---Adelanto que estimo correcta la decisión de primera instancia pues, como referí al emitir mi voto en SDL 97/2018, el art. 106 de la LCT establece que los viáticos son considerados como remuneración, excepto la parte efectivamente gastada y acreditada por medio de comprobantes. Es así que lo establecido en la norma convencional debe ceder frente a lo dispuesto por el art. 106 de la LCT citado, en virtud de lo dispuesto en el art. 7 de la ley 14.250. En tal sentido se ha dicho que debe prevalecer una norma legal sobre la convencional si aquélla fuere más favorable al trabajador (confr.: C.N. Trab., Sala I, D. T. 1986-B1127; esta sala, c. 142/14, SDL 21/14 y SDL 97/2018), siendo tal criterio el seguido por ambas Salas de esta Cámara de Apelaciones, tal como surge de los antecedentes citados por la Dra. Spoturno en su voto.

---Por ello, al no requerirse al trabajador comprobante alguno de los gastos, ni ofrecerlos o acompañarlos como prueba documental, ni tampoco exhibirlos al perito contador para que se expida al respecto, no cabe sino concluir que los importes en cuestión integran la remuneración y, consecuentemente, la base de cálculo para las indemnizaciones provenientes del despido.

---Finalmente, debo señalar que se podría haber arribado a esta misma solución sin necesidad de declarar la inconstitucionalidad de la norma del CCT pues se trata de un caso de armonización por norma más favorable, de manera que si el CCT contiene una cláusula menos favorable que la LCT, aquél resulta directamente inaplicable.

---Por lo expresado, acompaño la propuesta de rechazar el presente agravio.

---IV. Multa art. 80 LCT.

---Finalmente, resta tratar el agravio de la demandada que cuestiona la procedencia de la sanción del art. 80 LCT, señalando que en los presentes existieron circunstancias que obligan a su no aplicación.

- --Como señaló la Dra. Spoturno en su voto, el accionante fundó la procedencia de la indemnización requerida en que la demandada se limitó a poner los certificados de trabajo a su disposición en el domicilio de la empresa ubicado en la ciudad de Comodoro Rivadavia, lo que resulta insuficiente a fin de tener por cumplida la obligación de la empleadora.

---Dicha afirmación es correcta pues, como es criterio de este Tribunal de Alzada, "poner a disposición" no es sinónimo de cumplir (Sala A: SDL 44/2016, SDL 31/2017 y 21/2019, entre otras; Sala B: SDL 42/2009 y 8/2014, entre otras).

---Sin embargo, de las constancias de autos surge que la empleadora no solo puso a disposición del trabajador los certificados en el domicilio de la empresa, sino que también intentó entregar aquella documentación en el domicilio ubicado en Pasaje C. X., B° L. y F. de Trelew, indicado por el propio actor en su telegrama de fecha 19/2/2020. Asimismo la demandada, mediante la declaración testimonial de M. Á. A. y el acta notarial acompañada en la contestación de demanda, acreditó que intentó entregar el certificado en el domicilio del trabajador (no siendo atendido por nadie) y en el estudio jurídico de sus abogados, quienes se negaron a recibir la documentación manifestando que no contaban con facultades suficientes para ello.

---Ante ello considero, al igual que mi colega de Sala, que la empleadora utilizó los medios razonables a su alcance para hacer entrega de los certificados al trabajador y que, pese a ello, no pudo cumplir con su obligación.

---Por otra parte, los certificados acompañados a la contestación de demanda y que no fueron observados por la actora, poseen firmas con certificación bancaria de fecha 13/2/2020, lo que acredita que fueron confeccionados a un mes de haberse efectuado el despido y seis días antes de que el actor enviara su intimación, lo que da cuenta de la voluntad de cumplimiento.

---Cabe tener presente lo dicho por la Sala I de la CNAT en el sentido que, dado el carácter sancionatorio de lo dispuesto en el art. 80, LCT, no corresponde la imposición automática de la multa en cualquier caso en que la obligación estatuida en ella no haya sido cumplida, ni es exigible necesariamente -para que el empleador quede libre de la punición- que proceda a su consignación. Por el contrario, se requiere verificar que el empleador no haya tenido la intención de acatar su obligación y que se descarte un comportamiento obstructivo de la propia parte trabajadora para evitar tal cumplimiento y beneficiarse así con el devengamiento de la sanción (CNTrab. Sala I; "Stoll, Sandra Edit

vs. WalMart Argentina S.R.L. s. Certificado de trabajo - Art. 80, LCT", 11/05/2021, Rubinzal Online, RC J 2551/21).

---Por todo lo expuesto, acompaño la propuesta de mi colega de Sala de hacer lugar a este agravio, debiéndose dejar sin efecto la multa del art. 80 LCT.

---V.- **Conclusión:** Por los fundamentos dados, acompaño la propuesta de la Dra. Spoturno de revocar parcialmente la sentencia de primera instancia a fin de dejar sin efecto la condena a abonar la multa del art. 80 LCT, debiéndose confirmar en todo lo demás que fuera materia de agravio.

---En cuanto a las costas de esta alzada, atendiendo al resultado del recurso, coincido con la colega en cuanto postula imponerlas en un 70% a la demandada y en el 30 % restante al actor (arts. 69 y 72 del CPCC).

-----Finalmente, respecto a los honorarios profesionales por las labores en esta sede, considero justa y razonable la suma propuesta por la Magistrada antes sufragante, las que resultan acordes a la extensión, calidad y resultado de los trabajos desarrollados (conf. arts. 5, 6, 8, 9, 13, 18 y 46 de la Ley XIII nro. 4).

---Me expido aquí entonces PARCIALMENTE POR LA AFIRMATIVA.

---**A LA SEGUNDA CUESTIÓN,** la Dra. Spoturno expresó:

---Visto el acuerdo alcanzado al tratar las cuestiones precedentes, corresponde:

---1) REVOCAR PARCIALMENTE la sentencia apelada dejando sin efecto la condena a abonar la indemnización prevista en el art. 80 de la LCT, confirmándola en todo lo demás que fuera materia de agravio.

--- 2) IMPONER el 70% de las costas de primera instancia a la demandada y el 30% al actor (art. 72 CPCC).

--- 3) REGULAR, por las tareas cumplidas en esta instancia, los honorarios de los Dres. G. L. C., N. L. de E. y J. F. L. G., en conjunto, en el 4,5% del monto del proceso con más el IVA si correspondiere.

--- Tal mi voto

---**A LA SEGUNDA CUESTIÓN**, la Dra. Florencia Cordón Ferrando expuso:

--- El pronunciamiento que corresponde dictar es el propuesto por la Dra. Spoturno, en tantorefleja fielmente el acuerdo logrado. Así 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. 274 del C.P.C.C.).

--- Trelew, 03 de mayo de 2023.

---En virtud de lo resuelto en el Acuerdo cuya copia antecede, la Sala "A" de la Cámara de Apelaciones de la ciudad de Trelew; pronuncia la siguiente:

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

--- REVOCAR PARCIALMENTE la sentencia apelada dejando sin efecto la condena a abonar la indemnización prevista en el art. 80 de la LCT, confirmándola en todo lo demás que fuera materia de agravio.

--- IMPONER el 70% de las costas de primera instancia a la demandada y el 30% al actor (art. 72 CPCC).

--- REGULAR, por las tareas cumplidas en esta instancia, los honorarios de los Dres. G. L. C., N. L. de E. y J. F. L. G., en conjunto, en el 4,5% del monto del proceso con más el IVA si correspondiere.

--- Regístrese, notifíquese y devuélvase.

NATALIA ISABEL SPOTURNO
JUEZA DE CÁMARA

FLORENCIA CORDON FERRANDO
PRESIDENTA

----REGISTRADA BAJO EL Nº 19 DE 2023 – SDL.- Conste.

Ricardo Fabián GRIFFITHS
SECRETARIO DE CÁMARA