

Expediente: 1715/16

Carátula: CUEVA ROBERTO ANTONIO C/ TRANSPORTES LA SEVILLANITA S.R.L. S/ COBRO DE DIFERENCIAS

Unidad Judicial: EXCMA. CAMARA DE APELACION DEL TRABAJO SALA 1

Tipo Actuación: FONDO (A PARTIR DE LA LEY 8988 CAMARA DE APELACION DEL TRABAJO)

Fecha Depósito: 31/05/2023 - 00:00

**Notificación depositada en el/los domicilio/s digital/es:**

900000000000 - JEREZ, VICTOR FERNANDO-PERITO CONTADOR

20341859345 - HEREDEROS DE ELIZALDE LUIS ENRIQUE, -POR DERECHO PROPIO

20335405006 - CUEVA, ROBERTO ANTONIO-ACTOR

33539645159 - CAJA DE PREVISION Y S.S. ABOGADOS Y PROC. -

20143595782 - TORRES, ALEJANDRO-POR DERECHO PROPIO

20143595782 - TRANSPORTES LA SEVILLANITA S.R.L., -DEMANDADO

20335405006 - FERNANDEZ, NAHID ALAN-POR DERECHO PROPIO

## PODER JUDICIAL DE TUCUMÁN

CENTRO JUDICIAL CAPITAL

EXCMA. CAMARA DE APELACION DEL TRABAJO SALA 1

ACTUACIONES N°: 1715/16



H103214447298

**JUICIO: " CUEVA ROBERTO ANTONIO c/ TRANSPORTES LA SEVILLANITA S.R.L. s/ COBRO DE DIFERENCIAS " EXPTE N°: 1715/16**

**San Miguel de Tucumán, mayo de 2023.**

### AUTOS Y VISTOS:

El recurso de apelación interpuesto por la parte demandada mediante su presentación de fecha 24.06.22 en contra de la sentencia de fecha 21.06.22 dictada en esta causa que tramitó por ante el Juzgado del Trabajo de primera instancia de la IIª nominación, de la que

### RESULTA:

La sentencia definitiva dictada en fecha 21.06.22 fue apelada por la parte demandada en fecha 24.06.22.

El recurso de apelación fue concedido mediante providencia de fecha 30.09.22.

Expresó agravios la parte demandada en fecha 14.10.22 y contestó los agravios el actor en fecha 08.11.22.

Elevada la causa y notificada la integración del Tribunal interviniente en la presente, se remitieron los autos a la Fiscal de Cámara, quien dictaminó por el planteo de nulidad y se llamaron los autos a despacho para resolver mediante providencia digital firmada en fecha 20.03.23, y

### CONSIDERANDO:

**VOTO DEL VOCAL PREOPINANTE ADRIAN M. R. DIAZ CRITELLI:**

Que el recurso de apelación deducido por la demandada cumple con los requisitos de tiempo y forma exigidos por los arts. 122 y 124 del CPL, por lo que corresponde su tratamiento.

Que el art. 127 del citado digesto ritual establece que la expresión de

agravios realizada por la apelante fija los límites del Tribunal respecto de la causa, por lo que cabe precisarlos.

Es por lo expuesto que la revisión a efectuarse de la sentencia recurrida debe realizarse con los límites establecidos por el art. 127 del CPL, es decir, dentro del marco propuesto en los agravios, pues solo de allí pueden surgir los elementos que ameriten revocar o modificar la resolución judicial dictada por el Juez de primera instancia, sin que sea posible en esta instancia analizar la sentencia atacada más allá de los puntos propuestos en los agravios.

Cabe aquí señalar que la parte demandada en su escrito de expresión de agravios especificó en primer termino el fundamento de su planteo de nulidad de la sentencia atacada y luego detalló el argumento respecto del cual propuso los agravios que sostienen su recurso de apelación.

Cabe destacarse que en ese primer planteo referido a la nulidad el apelante intercala fundamentos que se refieren tanto al planteo de nulidad como a su recurso de apelación. Es por ello que en este análisis referido a su primer planteo solo serán analizados aquellos argumentos referidos a la nulidad, para luego analizar los restantes argumentos al momento de tratar su planteo de apelación.

Con respecto a su **recurso de nulidad** afirmó el recurrente: “(...) NO HUBO DE LA PARTE ACTORA PLANTEO ALGUNO SOBRE LA NATURALEZA NO REMUNERATIVA DE TALES ITEMS O DE INCONSTITUCIONALIDAD DE LA NORMA CONVENCIONAL ni mucho menos teorías como las esbozadas por el Sr Juez de Grado respecto a la naturaleza jurídica de los ítems no remunerativos o respecto a los principios de progresividad vertidos profusamente por el Sentenciante en su fallo.- El Sr Juez en el fallo que atacamos y bajo el manto expreso de la progresividad de los derechos laborales, y haciendo una lectura parcializada y segmentada de algunos artículos del CT 40/89 altera los términos en que quedó trabada la Litis y sin considerar que mi poderdante ha ejercido debidamente su derecho de defensa contra los términos de la demanda y no sobre un tema que no fuera materia de controversia, falla con un criterio teñido de una visión política e ideológica parcializada y totalmente ajena a esta Litis. Nunca se planteó en esta demanda que la parte actora reclamaba la modificación de la naturaleza no remunerativa de los ítem 4.1.12 y 4.1.13 del CCT 40/89 y solo planteó que no se le había pagado indemnización sobre tales rubros como si se hubiera tratado de una mera omisión y ante tal postura procesal nos defendimos ()”. (el resaltado con mayúscula del texto viene de origen).

Entonces, y en lo que hace en concreto al planteo de nulidad interpuesto por la demandada, puede resumirse como su fundamento que la sentencia debe declararse nula por cuanto se expidió sobre un tema que a su criterio no fue objeto de la litis.

Ahora bien, surge del escrito de demanda que allí el actor solicitó al momento de realizar la planilla de rubros reclamados que se incorporen para el computo de dichos rubros aquellos ítems que el actor había percibido como parte de su salario, con independencia de naturaleza remunerativa o no remunerativa de aquellos ítems.

Como consecuencia lógica de lo anterior, surge la pretensión del actor de introducir a la discusión de autos la naturaleza de los ítems cuya inclusión pretende el accionante para de allí determinarse si ellos deben o no formar parte de la liquidación de los rubros reclamados.

Entonces, expuesta dicha pretensión en la demanda, ello no podía ser ignorado por la parte demandada, y que de hecho en su responde de demanda la accionada cuestionó y defendió el carácter no remunerativo de esos ítems cuya integración para el calculo de los rubros indemnizatorios había solicitado el actor en su demanda.

Por todo lo expuesto, no quedan dudas que la cuestión de la naturaleza remuneratoria de cierto ítems abonados al actor en su remuneración para su consideración en los cálculos indemnizatorios formaba parte de la traba de la litis.

A más de lo anterior, tengo en cuenta que en el fuero laboral existe una expresa facultad legal del sentenciante que lo habilita a fallar ultra petita, es decir, más allá de lo estrictamente peticionado en la demanda, y que en el caso de autos se limitó a la determinación de la remuneración base de

cálculo de los rubros indemnizatorios condenados.

Mención aparte merece realizarse acerca de lo recomendado por la Fiscal de Cámara en su dictamen de fecha 17.03.23 donde se estableció que en lo concerniente a lo normado por los art. 128 y 129 del CPL la anulación de una sentencia sólo procede cuando la misma adolece de vicios o defectos de forma o de construcción que la descalifiquen como acto jurisdiccional, o sea, dictada sin sujeción a las reglas de tiempo, lugar, falta de firmas, etc., y por ello todo lo relativo a la aplicación del derecho o la apreciación de los hechos o de las pruebas que se consideran erróneas son ajenas a dicho planteo conforme ya se lo dijo en reiterada jurisprudencia.

Por todo lo antes expuesto, se rechaza el planteo de nulidad intentado por el apelante. Así lo declaro.

Corresponde ahora adentrarnos en el **recurso de apelación** analizando los agravios expresados por la demandada, remarcando al respecto que en la parte introductoria de su escrito donde fundó el recurso de nulidad también puso de relieve argumentos referidos a su planteo de apelación, como también, que en esta segunda parte de su recurso repitió argumentos referidos a su planteo de nulidad y los que no serán ya motivo de consideración.

Como un primer argumento el apelante manifestó: “() No hubo planteo alguno de la parte actora de inconstitucionalidad o inaplicabilidad del CCT 40/89 en sus ítems 4.1.12 y 4.1.13 y sin embargo el Sr Juez se permite de oficio – **RECUERDO QUE NO HUBO PLANTEO DE LA PARTE ACTORA EN TAL SENTIDO** - cambiar la naturaleza de dos conceptos convencionales y le otorga – como si detentara funciones legislativas o ejecutivas propias del Ministerio de Trabajo de la Nación - una naturaleza diferente a las convenidas por las partes.- Profundizando los extremos de su pronunciamiento para sustentar su errática decisión, el Sr Juez de Grado se introduce en el análisis del CCT 40/89 y a quienes resultan aplicables los ítems 4.1.12 y 4.1.13 y no solo cambia la naturaleza jurídica acordada por las partes signatarias a dichos ítems, sino que también – a contrario de lo expresado en el propio **CCT 40/89 vigente** – **sino que omite considerar** quienes son los beneficiarios de los ítems 4.1.12 y 4.1.13 y los dispone extensivo a dependientes para los que no habían sido instituidos.- Es que estos ítems fueron concedidos solo a los trabajadores **operativos** como lo indica expresamente el CCT 40/89 (puntos 4.1 y 4.2) y solo por una liberalidad de mi cliente, luego consensuada, se extendió a los demás dependientes (administrativos, mecánicos, maestranza, etc.) **EN LOS MISMOS TÉRMINOS QUE AL PERSONAL OPERATIVO.- ORIGINAL Y CONVENCIONALMENTE NO EXISTIA NINGUNA OBLIGACION DE MI PODERDANTE DE PAGAR TALES CONCEPTOS AL PERSONAL ADMINISTRATIVO Y POR EL PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD QUE TANTO ILUMINA AL SR. JUEZ, SE EXTENDIO DICHO BENEFICIO A LOS MISMOS, PERO ELLO DE MANERA ALGUNA AUTORIZA A MODIFICAR SU NATURALEZA JURIDICA Y OTORGAR AUN MAYORES Y DIFERENTES BENEFICIOS A LOS ORIGINALES BENEFICIARIOS DE DICHA CONQUISTA SOCIAL NO REMUNERATIVA.- S.S.** en un claro ejercicio erróneo del poder jurisdiccional, cambia la liberalidad de mi cliente y la torna exigible con diferencias derivadas solo de su propia visión PROGRESISTA.- Sin mayor duda, creemos realmente equívoca la lectura del CCT 40/89 del Juez de Grado y no obstante ser ello materia del recurso de apelación cuyo sustentación haremos más abajo, indudablemente también vicia el pronunciamiento ya que sobre tales supuestos y en forma implícita, el Juzgador **ha declarado – sin decirlo Y EN FORMA TÁCITA - la inconstitucionalidad de la NATURALEZA NO REMUNERATIVA** que suscribieron de mutuo acuerdo las partes, para los ítems 4.1.12 y 4.1.13 y **solo originariamente para el sector operativo.-** Es indudable que el análisis extensivo y progresivo del derecho laboral que ilumina en exceso al Juzgador, le ha impedido considerar aspectos formales insuperables a punto tal que – seguramente sin darse cuenta – ha considerado que lo legislado para los choferes también debe ser aplicado al personal administrativo y que dada la naturaleza de su prestación laboral, no resulta razonable no exigirle los comprobantes de viáticos y comida establecidos en los puntos 4.1.12 y 4.1.13.- Creemos que involuntariamente el Inferior en Grado equivoca su postura cuando expresa erróneamente que los ítems 4.1.12 y 4.1.13 le resultan aplicables al personal administrativo, ya que según sus palabras “los arts.4.1.12 y 4.1.13, las cuales si bien están insertas en el sector **CONDICIONES ESPECIALES** (capítulo 4.1. Condiciones de Trabajo personal de corta distancia y locales) no es menos cierto que los artículos referidos (4.1.12 y 4.1.13) expresamente indican que son aplicables “Todos los trabajadores comprendidos en el presente convenio.”.- Ello – al contrario de lo expuesto por el Sentenciante, demuestra claramente la progresividad del CCT 40/89 tal como está redactado, ya que un análisis del mismo CCT 40/89 en su redacción originaria y en la actual, le habría permitido avizorar que este beneficio social le fue extendido a todo el personal, aún sin una causa para ello, y por eso continuó inserto en el marco de las condiciones especiales y beneficios de los conductores de corta distancia y locales y de allí su

carácter no remunerativo.- La verdad que no se entiende la extensión progresiva de derechos que efectúa el A-Quo a favor del personal administrativo que originariamente ni siquiera están contemplados y reciben graciamente dicho concepto y además S.S. pretende cambiarle la naturaleza no remunerativa acordada.- Es que claramente el ítem 4.1.12 y el ítem 4.1.13 estaban direccionados al **personal operativo o de conducción** y en el marco de las conquistas gremiales y solo como BENEFICIOS SOCIALES – SIN NINGUNA CONTRAPRESTACIÓN A SU CARGO O SIQUIERA UNA JUSTIFICACION FACTICA, se ha logrado que el resto del personal (entre ellos el administrativo como el actor) también reciba dicho ítems sin tener ni dar contraprestación por ellos como si ocurre con el personal de conducción que pasa su día de trabajo esencialmente fuera de la empresa y en otras provincias.- Es tan increíble lo resuelto por el A-Quo que para los propios conductores por quienes se pactaron originariamente estos ítems, tendrán su cálculo dinerario para sus liquidaciones indemnizatorias con los descuentos de rubros no remunerativos, mientras que el personal administrativo, que nunca estuvo considerado para el pago de estos beneficios sociales y que solo los ha recibido como una conquista social por parte de la actividad gremial y una liberalidad de mi cliente, sin razón o fundamento fáctico alguno, no tenga descuentos por los rubros no remunerativos.- Para finalizar remarcando el enfoque equívoco que el Sr Juez de Grado hace del tema, nos referimos a la obligación de presentar comprobantes de los ítems 4.1.12 y 4.1.13 y advertimos que el Sr Juez sustenta su decisión en que a los empleados administrativos, por decisión propia de la empresa no se le exige comprobantes de gastos por tales ítems y ello también sustentaría la naturaleza remunerativa de dichos ingresos y sobre el particular insistimos que el Inferior en Grado hizo una lectura parcializada y direccionada a conceder la acción intentada sin merituar la normativa en su conjunto y en forma sistémica, ya que el ítem 4.2.11 claramente expresa que dada la dificultad que tienen los conductores del sector operativo de obtener los comprobantes, quedan liberados de su presentación o acreditación de los gastos, PERO TALES RUBROS NO POR ELLO DEJAN DE SER **NO REMUNERATIVOS**.- Entonces si el Sr Juez considera que la razón para la procedencia de la naturaleza remunerativa de los ítems 4.1.12 y 4.1.13 está dada por cuanto no se le exige al personal administrativo su acreditación de tales gastos, ello colisiona con la norma indicada (4.2.11) que tampoco se le exige dicha acreditación a los choferes de larga distancia y sin embargo para tal personal operativo los ítems siguen siendo **NO REMUNERATIVOS**.- ()” (el destacado del texto viene de origen).

Luego expresa “**LA APELACIÓN:-** Asimismo en tiempo y forma, presento los agravios por el recurso deducido, solicitando en forma subsidiaria a la nulidad impetrada, se recepen los mismos y se revoque la sentencia recurrida en lo que es materia de agravios.- **Nuestro Primer Agravio** radica en que el Sr Juez de Grado, **lesionando el principio de congruencia**, como se lo explicita más arriba, se aparta de los términos en que quedó trabada la Litis, y aferrándose a posturas dogmáticas ajenas a este litigio, declara tácitamente y en forma encubierta, sin petición de parte, una naturaleza jurídica diferente a ítems de CCT 40/89 que expresamente detentan condiciones y características **no remunerativas**.- En efecto, los ítems 4.1.12 y 4.1.13 establecen por acuerdo de partes signatarias del CCT 40/89 y homologado por el MTSSN que su pago está determinado por “**cada día efectivamente trabajado**”.- Por el contrario el Sr Juez de Grado, sin petición de partes y en forma voluntarista y derivado de una opinión personalísima, considera que dichos ítems son remunerativos y por lo tanto deben integrar la base de cálculo de toda indemnización, cambiando de ese modo la naturaleza de la pretensión y haciendo decir al actor lo que no dijo en su demanda.- La parte actora nunca cuestionó su naturaleza y por lo tanto mi mandante nunca se defendió de dicha concepción no remunerativa, que nunca fue cuestionada ni extrajudicialmente ni en la demanda y por el contrario FUE CONSENTIDA por las partes, tanto durante la relación laboral del actor (que inclusive fue delegado gremial interno) como en el presente juicio, ya que en la demanda nada dicen al respecto.- Entendemos que este proceder del Sr Juez de Grado es agravante por cuanto altera los términos del litigio, agravando la situación de mi instituyente sin una petición de la parte actora.- BUSNADIEGO, GLADYS NOEMI c/ MUNICIPALIDAD DE MAQUINCHAO Y PEREZ, MARCOS JAVIER s/ SUMARISIMO (I) S/ INAPLICABILIDAD DE LEY SENTENCIA 4 de Septiembre de 2018 SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA. VIEDMA, RÍO NEGRO Magistrados: MANSILLA - BAROTTO - ZARATIEGUI - APCARIAN - PICCININI Id SAIJ: FA18050047. SUMARIO. El fallo de la Cámara le otorgó a la actora un derecho distinto del que fue peticionado, sentenciando por fuera de la concreta pretensión que se ejercitó, con lo cual el pronunciamiento no se sitúa en el marco permitido de la decisión ultra petita -art. 53, 2do. párr., inc. 3 de la Ley 1504-, sino en el campo de la extra petita, lo que supone una transgresión a la regla de la congruencia -arts. 34 inc. 4° y 163 inc. 6° del CPCCm-. (Voto del Dr. Barotto por la mayoría) Fuente del sumario: OFICIAL ()” (el resaltado del texto viene de origen).

En su **segundo agravio** el apelante manifestó: “() **Nuestro Segundo Agravio** radica en que el Sr Juez de Grado para sustentar su sentencia se aparta de todo el criterio jurisprudencial imperante en la materia que considera no remunerativo los ítems 4.1.12 y 4.1.13 del CCT 40/89 dada la expresa previsión no remunerativa de los mismos y para arribar a tal cometido, expresa que mi mandante no produjo prueba sobre la naturaleza no remunerativa de los ítems pretendidos, lo que vulnera gravemente nuestro derecho de defensa en juicio y el debido proceso y violenta el procedimiento jurisdiccional reinante en la materia del requisito indispensable del previo cuestionamiento constitucional del CCT 40/89 .- Es que las partes solo deben producir pruebas sobre los hechos controvertidos en autos y este tema nunca fue planteado por la parte Actora y por no tanto nunca fue controvertido ni materia de debate.- Inclusive el Sr Juez de Grado indica que mi mandante nunca alegó que existía obligación del actor de rendir cuenta de los viáticos que se le entregaban mensualmente ***“ni tampoco que haya ofrecido prueba documental (comprobante de gastos) que justifique que los importes entregados mensualmente al actor por el concepto viático especial hayan sido efectivamente gastados”***. Esta referencia expresa del Inferior en Grado resulta totalmente demostrativa de nuestro agravio en cuanto a la **violación del debido proceso y de nuestra defensa en juicio**, al pretender la sentencia en crisis sostenerse en que no solo no argumentamos en nuestro responde de la demanda y no produjimos pruebas sobre extremos no alegados ni invocados en la demanda, en definitiva sorbe aspectos no controvertidos.- Basta leer la demanda (más arriba esta transcripta) para advertir que nuestra parte no tenía obligación procesal de negar lo no invocado y menos producir prueba al respecto si la parte actora nunca invocó nada de lo que menciona el Sr Juez en su Fallo.- Quien debía argumentar y probar la base de su demanda sobre la cual no dijo nada y por la que el Juzgado entiende procedente la demanda era la parte actora y no solo no invocó extremo alguno en su demanda sino que tampoco produjo prueba alguna, salvando su pretensión el Sr Juez de Grado con su sentencia absolutamente teórica y carente de asidero fáctico.- Ratificando que este segundo agravio lo constituye la clara **arbitrariedad** del Fallo del Sentenciante, ya que el mismo ha hecho caso omiso a pruebas contundentes de nuestra parte sobre la naturaleza no remunerativa de los ítems pretendidos como la informativa del Ministerio de Trabajo de la Nación, como autoridad de aplicación en la interpretación del CCT 40/89 claramente ha dictaminado como doctrina legal administrativa en el dictamen n° 1108 la total y absoluta naturaleza **no remunerativa** de los ítems 4.12. y 4.1.13 entre otros conforme claramente lo indica el punto 4.2.11 del CCT 40/89 en forma expresa.- Dicha prueba no ha sido ni siquiera impugnada o cuestionada por la parte actora y si bien S.S. se expresa al respecto descalificando la misma en función de su opinión jurídica, se advierte aún más **su arbitrariedad** ya que la parte actora nunca planteó el carácter remunerativo de tales ítems, en consonancia tácita con lo dictaminado por la autoridad de aplicación.- Esa arbitrariedad que se imputa por no haber valorado correctamente prueba relevante para la definición de este proceso, no pasa solo por cuanto el Sr Juez esa en desacuerdo con dicho dictamen, sino porque el Sr Juez asume una postura procesal impropia ya que en la demanda la parte actora nada dice al respecto ni produjo prueba alguna ni tampoco impugnó o cuestionó dicho informe, surgiendo ello solo de la propia iniciativa del Juez de Grado, lo que afecta la cara regla de la imparcialidad y objetividad, deviniendo entonces en Arbitrario por lesivo del debido proceso e igualdad procesal de las partes.- En nuestra opinión ante el planteo de la parte actora, la demanda no pudo tener otro resultado que el rechazo y quizás la vía para que la demanda pudiera haber tenido andamiaje, la parte actora debió haber logrado previamente la inconstitucionalidad de dicho punto 4.2.11 y ccdtes. 4.1.12 y 4.1.13 del CCT 40/89.- Resulta claro que el art. 106 de la LCT autoriza a que un convenio colectivo de trabajo o laudo arbitral atribuya carácter no remuneratorio a gastos de comida, traslado o alojamiento sin exigencia de rendición de cuentas. Y el CCT 40/89 así lo hace. Al respecto, se ha resuelto () Sin perjuicio de que ha quedado claro que no existen elementos que permitan cuestionar la constitucionalidad de los CCT en cuanto a disponer que ciertos adicionales carecen de carácter remuneratorio, **lo cierto es que la judicial no es la vía competente para cuestionar o impugnar el CCT sin agotar previamente la vía administrativa**. Un CCT no es un acto jurídico emitido por un poder del Estado, sino por el contrario es un acuerdo entre privados que, sometido a homologación del MTESS, rige entre las partes que se encuentran abarcados por el mismo, tanto empleadores como trabajadores. Por ello, antes de plantear judicialmente la inconstitucionalidad del CCT, es menester cuestionar administrativamente ante el MTESS el carácter de los rubros en cuestión. En tal sentido (...) Por tal motivo, las cláusulas del CCT 40/89 no son susceptibles de ser atacadas por inconstitucionales cuando no se ha presentado administrativamente planteo alguno y no se ha agotado la vía administrativa previa necesaria para que sea procedente la vía judicial. Y también la parte actora debió haber acreditado la razón para otorgarle carácter remunerativo a dichos ítems, pero no lo logró de manera alguna.- Por ello entendemos que nos agravia la sentencia recurrida por su evidente arbitrariedad y por su **clara gravedad institucional** ya que el decisorio en crisis impacta y trasciende por mera voluntariedad del Magistrado interviniente, sin sustento normativo y en contra

de la norma madre que regula las relaciones laborales en forma específica, en las arcas de todas las empresas de transporte que se rigen con el indicado CCT 40/89.)" (el resaltado del texto viene de origen).

Por su parte, en la **sentencia atacada** el juez a quo declaró: "(...) Bajo esas líneas directrices, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha venido marcando el camino tendiente a **garantizar la protección del salario**, dictando fallos categóricos, dentro de los que vale la pena recordar por sus claras directivas a **"Pérez Aníbal vs Disco S.A."**, en donde aquella expresó: "Que el art. 14 bis, al prescribir lo que dio en llamarse el principio protectorio: "[e]l trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes", y al señalar la serie de derechos y libertades que estas últimas "asegurarán al trabajador", refiere al salario, retribución o remuneración, de manera directa: "retribución justa", "salario mínimo vital", "igual remuneración por igual tarea", "participación [de los trabajadores] en las ganancias de la empresa". También lo hace, indirectamente, al mentar el "descanso y vacaciones pagados", la "protección contra el despido arbitrario" y la garantía a los gremios de "concertar convenios colectivos de trabajo". Todo ello, cabe advertirlo, con prescindencia de lo que pueda quedar comprendido en el aseguramiento de "condiciones dignas y equitativas de labor". (Pérez, Aníbal Raúl c. Disco S.A. - Sentencia del 01/09/2009, Fallos: 332:2043). Siguiendo en esa misma línea, posteriormente en la causa: **"González, Martín Nicolás c. Polimat S.A. y otro"**, sentencia del 19/05/2010, Fallos: 333:699, nuestro Máximo Tribunal Nacional, nuevamente, ingresó en la consideración de la protección del salario de los trabajadores, en cuanto derecho constitucional amparado en el artículo 14 bis de la CN, en relación con la legislación operativa que, por vía reglamentaria intenta desactivarlo o quebrantarlo en perjuicio de los trabajadores. Cabe resaltar que cuando nos referimos a "normas" que intentan afectar la protección del salario y los derechos adquiridos (desde el punto de vista salarial), estamos incluyendo no solo a las normas de origen estatal (leyes, decretos, etc.), sino también a las de origen convencional (CCT, "acuerdos salariales", etc.), donde -en definitiva- se decida sobre el salario que percibirá un trabajador como contribución por su trabajo humano. Aquellas líneas directrices que vino marcando la Corte a partir del control de constitucionalidad de la legislación (tanto nacional, como provincial, incluyendo -insisto- las de fuente convencional), han venido a dejar totalmente claro que cualquier tipo de "regulación regresiva" -tanto estatal como convencional, en sentido de las convenciones colectivas-, que afecten los derechos salariales adquiridos debe ser fulminada de nulidad e inconstitucionalidad, trazando un inquebrantable camino hacia la protección del "salario justo" -como consecuencia legal y hasta racional- en tanto y en cuanto aquel constituye uno de los derechos fundamentales de todo trabajador; dejando en claro que esa interpretación debe ser guiada por líneas directrices del "principio de progresividad. Antes de concluir, y siguiendo con esa misma línea de razonamientos, no puedo dejar de mencionar un dato que considero verdaderamente importante -incluso, un pie de apoyo para la propia CSJN- tendiente a señalar y ratificar (con lineamientos muy claros) la tutela constitucional del "salario", dentro del marco tuitivo del "principio de progresividad". Me refiero puntualmente a lo que fuera expresado por la Subprocuradora General ante la CSJN, doctora Marta Beiró de Goncalvez, quien sostuvo la admisibilidad del recurso extraordinario deducido en la causa **"Perez, Anibal vs. Disco"** (ya mencionada), donde se cuestionaba la inconstitucionalidad de la ley 24.700, la que era tachada bajo el argumento de ser contraria a lo dispuesto por los artículos 14 bis y 75, incisos 19, 22 y 23 de la Constitución Nacional, el Convenio n° 95 de la Organización Internacional del Trabajo (en adelante: OIT), ratificado por la ley, el principio de progresividad, artículo 2.1. del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC). En la parte pertinente de su dictamen, en relación a la reforma introducida por el artículo 103 bis (conforme texto de la ley 24.700), aquella expresó: *"Sin embargo, en el año 1996 se reformó la redacción original, y mediante la ley 24.700 se introdujo el art 103 bis de la Ley de Contrato de Trabajo, que incorpora los llamados "beneficios sociales" con carácter no remunerativo y específicamente los "ticket canasta" (inciso "c"). De este modo se alteró el esquema salarial con grave afectación del principio de progresividad de los derechos sociales, que tiene por función evitar el retroceso de aquello que es conducente al logro de la justicia social (art. 75, incisos 19,22 y 23 de la C.N.; 26 de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos y 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales); máxime cuando la orientación que debe guiar la efectividad de los derechos de este último pacto no debe ser otra que la mejora continua de las condiciones de existencia (art. 11.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, V. Fallos: 327:3753, cons. 10; voto de los jueces Petracchi y Zaffaroni; y Fallos 328:1602)"* (fin de transcripción)." (el destacado del texto viene de origen).

Luego agregé "(...) **VI.4.c.** Teniendo presente lo hasta aquí expuesto, me adelanto a considerar que la posición de la demandada -al interpretar y considerar, como hecho lo hizo al realizar la liquidación final- que los rubros controvertidos revestían el carácter de **"no remunerativos"** (a los efectos del

cálculo de las indemnizaciones), ha venido a lesionar tanto el derecho a la **retribución justa**, como el derecho a la **protección contra el despido arbitrario**, tal como se verá seguidamente. En efecto, a la luz de las previsiones y líneas directrices trazadas por el Cíbero Tribunal Nacional (antes mencionadas), considero que los rubros denominados **(i) “comida” (4.1.12); (ii) “viático especial” (n° 4.1.13) y (iii) el “adicional por especialidad” (5.10.4.g)**, que se encuentran expresamente regulados por el CCT 40/89, deben ser considerado como “rubros remunerativos”; y por tanto, como parte integrante de la “base de cálculo” de la indemnización por despido, conforme lo que sería la interpretación del CCT 40/89 a la luz del principio de progresividad (no regresividad), antes desarrollado, toda vez que si se pretendiera excluir dichos rubros como “parte integrante de la remuneración del trabajador” (y otorgarle el carácter “no remunerativo” que pretende la accionada), se estaría realizando una “interpretación regresiva” de los artículos incluidos en el CCT 40/89 relacionados con el tema que nos ocupa; y partiendo de lo que interpreto como **una incorrecta asimilación y aplicación al caso del actor, del Art. 4.2.11** (que regula el “régimen de viáticos”, pero que resulta exclusivamente aplicable a la categoría “**choferes personal larga distancia**”). En tal sentido, antes de continuar me parece importante puntualizar que en autos ha quedado definido que el actor era un “**trabajador administrativo**” (categoría administrativo de 2° del CCT 40/89). Es decir, vale la pena recalcarlo, el accionante “**no era un chofer, o personal de larga distancia**”; y por tanto, no le resultaban aplicables -según mi criterio- las normas propias de dicha rama o actividad, reguladas en el artículo 4.2 del CCT 40/89, en particular considero que no le resulta aplicable el Art. 4.2.11; norma esta última, que interpreto resulta de aplicación exclusivamente para esa **rama o actividad propia, como lo son el “personal o los choferes larga distancia”**. Así las cosas, al pretender extender al actor (**personal administrativo**) la aplicación dicho artículo de la convención (n° 4.1.11. concebido o acordado -de modo excepcional- para la rama de los “**choferes de larga distancia**”), se estaría realizando -lo reitero, según mi criterio- no solo una **interpretación regresiva** (del convenio colectivo), sino que al mismo tiempo dicha interpretación y aplicación (al actor: empleado administrativo) de las normas del convenio colectivo previstas para la rama o sector de los “**choferes larga distancia**”, resultaría **contraria a las expresas previsiones que emanan del Art. 2.3 del referido CCT 40/89**, en cuanto dicho artículo explica la forma en que se deben interpretar y aplicar las “normas del convenio colectivo” (generales y especiales). En efecto, el Art. 2.3 antes referido indica: “*La presente Convención Colectiva de Trabajo **está dividida en una parte general y otra de condiciones específicas por rama y/o sección**. Las disposiciones establecidas en la parte general son de aplicación a la totalidad de la actividad, salvo que las mismas resulten derogadas por las disposiciones específicas de la rama. Las disposiciones establecidas en cada rama y/o sección son de aplicación específica al tráfico a que se refiere y al personal comprendido y/o sección de que se trate. En caso de supuestos no contemplados en la rama se aplicará lo dispuesto en la parte general, sea corta o larga distancia.*” (Fin de transcripción, las negritas y lo subrayado, me pertenecen). Así las cosas, considero que **la aplicación** de las previsiones expresas de los arts. 4.1.12 y 4.1.13. ambas de aplicación a “**Todos los trabajadores comprendidos en la presente convención, a excepción de los comprendidos en el capítulo 4.2**.” (lo subrayado me pertenece) constituyen normas propias de la voluntad colectiva que debe ser interpretadas y aplicadas como “**norma general**” ya que resultan -tal como indica su literalidad- aplicables a “*todos los trabajadores comprendidos en la convención*”. Es más, también del propio contenido de dichas **normas generales**, también surge lo que sería la “**excepción**” (a las mismas), ya que en ambos caso expresamente se indica que las mismas “**no son aplicables**” a los **trabajadores regulados en el capítulo 4.2** (choferes larga distancia), siendo del caso mencionar que -lo reitero- tanto el **Art. 4.1.12** como el **4.1.13**, en forme expresa hacen la “**excepción**” respecto de los “**choferes de larga distancia**” (regulados en el capítulo 4.2 del CCT 40/89). Por tanto, si el propio CCT 40/89 indica que los Arts. 4.1.12 y 4.1.13 se aplican a todos los trabajadores, **a excepción de los contemplados en el capítulo Art. 4.2** (larga distancia); quedando claro -del mismo modo- que lo que son las reglas propias de esta categoría o rama (**capítulo 4.2 choferes larga distancia**, y entre ellos el **4.2.11**), no deberían aplicarse -como normas de excepción- al resto de los trabajadores que **no forman parte de las previsiones de ese capítulo 4.2**. En otras palabras, sostengo que las normas propias del **capítulo 4.2**. (condiciones de trabajo para el personal o conductores de larga distancia) entre las cuales está lo normado por el Art. 4.2.11 (**régimen de viáticos de los mismos**), se deben interpretar y aplicar como una “norma especial”; y por lo tanto, **solamente resulta “aplicable” para los trabajadores de esa rama o grupo** (choferes o conductores de larga distancia), y no para otros trabajadores del CCT 40/89, como lo estaría haciendo la parte demandada, al aplicar a un “**empleado administrativo**”, una norma especial y propia del grupo o rama de choferes larga distancia.” (el destacado del texto viene de origen).

A continuación, expuso que “(...) **VI.4.d**. Al respecto, también me parece importante mencionar -correlacionado la interpretación del art. 2.3 (pautas de aplicación del CCT 40/89), con las

previsiones del Art. 106 LCT- que lo normado por el Art. 4.2.11 (para la rama de choferes larga distancia), claramente constituye no solamente una norma excepcional dentro del convenio colectivo (aplicable solamente para dicha rama: choferes labra distancia), sino que además, esa norma convencional **debe ser interpretada y aplicada en forma “restrictiva” (y no amplia, como lo hace la demandada, extendiéndola a un trabajador “administrativo”)**, tal como corresponde interpretar a toda “excepción” a una regla general. En concreto, considero que el Art. 4.2.11 configura una “excepción” al principio general de viáticos contemplado en el Art. 106 LCT; y esta excepción tiene su razón de ser en las **particulares características de la actividad regulada para los “choferes larga distancia”**, debiéndose tener presente que en esa rama o sección (conductores larga distancia), resulta **extremadamente dificultoso, o digamos casi imposible, estar rindiendo cuentas documentada, de lo efectivamente gastado de los importes asignados por viáticos**. Es por ello, que la propia norma convencional se encarga de explicarlo, al redactar lo que sería el “régimen de viáticos” aplicable -insisto- a los choferes larga distancia, expresando claramente: *“REGIMEN DE VIATICOS: En los casos previstos en los Items 4.1.12 (Comida), 4.1.13. (Viático Especial), 4.1.14 (Pernoctada), 4.2.4. (Viáticos por kilómetro recorrido), 4.2.5. inc. a) (Permanencia fuera de su residencia habitual), 4.2.17. (Viáticos por cruce de frontera), y 5.1.15. (Viático especial por servicio eventual de larga distancia) atento a la imposibilidad de documentar el monto de los gastos que los dependientes tienen que efectuar en sus viajes o durante la prestación del servicio fuera de la sede de la Empresa, queda convenido que los trabajadores en ninguna circunstancia deberán presentar comprobantes de rendición de cuentas. Las compensaciones previstas en los Items señalados en ningún caso sufrirán descuentos ni carga social alguna, por no formar parte de las remuneraciones de los dependientes, en un todo de acuerdo con el artículo 106 de la Ley 20.744 (t.o.1976).”* (FIN DE TRANSCRIPCIÓN, la negrita y subrayado, me pertenecen). Es decir, la propia norma -siempre haciendo referencia al **régimen de viáticos de choferes larga distancia**- se encarga de mencionar que todos los viáticos de los mismos (regulados por los ítems 4.1.12; 4.1.13; 4.1.14; 4.2.4; 4.2.5. inc. a); 4.2.17; y 5.1.15.), atento la **“imposibilidad de documentar el monto de los gastos que los dependientes tiene que efectuar en sus viajes o durante la prestación de servicios fuera de la sede de la empresa, queda convenido que los trabajadores en ninguna circunstancia deberán presentar comprobantes de rendición de cuentas”** (Sic.), y luego agrega -por ese mismo motivo- que dichos **“viáticos no forman parte de las remuneraciones de dichos dependientes”**. Al respecto, me considero -insisto- que se trata de una **“norma especial”** (propia de esta rama o sección del CCT 40/89), como lo son los **“choferes de larga distancia”** (regulados en capítulo 4.2 del mencionado CCT), y por lo tanto, dicha previsión (4.2.11), no resulta aplicable -en general- para el resto de los trabajadores del CCT 40/89, toda vez que como toda excepción a un principio general, **debe ser de interpretación y aplicación restrictiva** (solamente para los trabajadores comprendidos en la excepción: choferes larga distancia); y no para otro tipo de trabajadores que no son los propios de esta “rama específica” (choferes larga distancia). Nos preguntamos: ¿Cuál podría ser la dificultad del actor, como trabajador administrativo, si se dispusiese la obligación de rendir cuenta de los importes de viáticos?. Evidentemente, ninguna. En otras palabras, la especialidad de la norma, prevista para los choferes de larga distancia, tiene su razón de ser en las características particulares de la actividad que cumplen, ya que razonablemente dichas labores les generan una imposibilidad de documentar cada uno de los montos de los gastos que se van realizando a lo largo del viaje, por cada dependiente. Es decir, lo excepcional tiene su razón de ser, porque durante los viajes de larga distancia, o a lo largo de la prestación de servicios fuera de la sede de la empresa (incluso en países vecinos, lo que contempla el viatico por cruce de frontera), resulta prácticamente imposible ir guardando y acumulando todos los comprobantes de gastos, para documentar la rendición de los mismos. Sin embargo, la características excepcionales de esa prestación de servicios (que justifican el dictado de una norma especial), no puede ser interpretada y aplicada a otros sectores de la actividad, donde no existe ninguna dificultad para “rendir los viáticos”; y por lo tanto, esas situaciones normales se deben regir por el principio general que rige para el resto de los trabajadores; esto es, que los viáticos tiene carácter remunerativo, en la medida que no exista obligación de rendir los mismos. En otras palabras, dicha norma “especial” (4.2.11 propia de la rama choferes larga distancia), **no debe aplicarse en forma extensiva e incluyendo a trabajadores de otra rama (administrativos)**, puesto que de ese modo se estaría contrariando lo que serían los **“principios**

**generales**” (aplicables a todos los trabajadores de las distintas ramas del CCT 40/89), como lo son los **rubros contemplados en los Arts. 4.1.12 y 4.1.13**, que tal como su contenido literal lo indica, insisto, resultan aplicables a **“Todos los trabajadores comprendidos en el presente convenio, a excepción de los comprendidos en el capítulo 4.2.”** (la negrita y lo subrayado, me pertenece). Es más, el propio texto de los Arts. 4.1.12 y 4.1.13 expresa y literalmente diferencia la situación del pago de dichos rubros, y declara que los mismos se aplican a **“todos los trabajadores”** a excepción de los previstos en el artículo 4.2. (choferes larga distancia); y por lo tanto, queda claro que tampoco podría aplicarse la **“excepción”** (régimen de viáticos) del Art. 4.2.11 que **se encuentra contemplada para éstos últimos (choferes larga distancia)**, a **“todos los trabajadores”** del CCT 40/89, por cuanto esa norma de excepción ha sido concebida en atención a **las características de su prestación laboral**, lo cual -insisto- **está expresamente contemplado por la norma convencional**, al hacer referencia expresa a: **“las particulares características de la actividad regulada para los choferes larga distancia”**, y teniendo muy presente -también en forma expresa- la **“imposibilidad de documentar el monto de los gastos que los dependientes tiene que efectuar en sus viajes o durante la prestación de servicios fuera de la sede de la empresa”**. Por tanto, si se intentara extender la aplicación del **“régimen de viáticos”** propio de los **“choferes larga distancia”** (contemplado en art. 4.2.11), con para **todo otro tipo de trabajadores (incluyendo el actor, empleado administrativo)**, pese a que dichos trabajadores (como el actor en autos), **“no realizan viajes de larga distancia”**, ni realizan su **“prestación de servicios fuera de la sede del establecimiento”** (que son las dos características tenidas en cuenta por la “convención colectiva” para eximir a los choferes de larga distancia del régimen general de viáticos previsto en el art. 106 LCT), se estaría realizando -lo reitero- no solo una interpretación y aplicación **“regresiva”** de la norma de raíz convencional, sino también **una interpretación contraria** -por un lado- al art. 106 LCT (principio general en materia de viáticos); y por -otro lado- también lesiva de elementales reglas de hermenéuticas y de aplicación incluidas en el propio convenio (Art. 2.3.), de la cual surge que las normas generales se aplican a **“todos los trabajadores”**; y las **normas especiales** de cada rama (caso del art. 4.2.11) **se deben aplicar a los trabajadores de dicha rama o sector**; siendo del caso agregar que la forma de interpretar y aplicar una norma excepcional, siempre debe ser **“restrictiva”** (en el caso, prevista para los trabajadores de la rama **“choferes larga distancia”**.) (el destacado del texto viene de origen).

Concluyó afirmando que **“(…) VI.4.e.** En definitiva, considero que -por un lado- la interpretación que realiza la parte demandada, extendiendo lo que sería una **“norma especial”** de una categoría laboral (choferes larga distancia: 4.2.11) a otros trabajadores de una rama distinta (empleado administrativo, caso del actor), implica desconocer la expresa previsión del Art. 2.3 del CCT 40/89 que explícitamente indica que las disposiciones específicas de un rama (en el caso el art. 4.2.11 de los **“choferes larga distancia”**), no deben ser aplicadas a otros trabajadores no comprendidos en dicha sección o rama que se trate (actor: que era **“personal administrativo”**, y no chofer de larga distancia). Y por otro lado, considero que con dicha interpretación incorrecta, arbitraria y regresiva de las normas convencionales, se llegó a lesionar el derecho a la **“remuneración justa”**, al disminuir injustificadamente lo que sería su **“salario”** (en los términos establecidos por el artículo 1 del convenio O.I.T. N° 95); como también lesionando la **“protección contra el despido arbitrario”**, ya que se le estaría abonando al trabajadores indemnizaciones o rubros salariales, sin considerar lo que verdaderamente debía formar parte integrante de su **“salario”** o **“remuneración”** (en los términos del referido Convenio 1 de la OIT), como **“base de cálculo”** de las indemnizaciones; realizando -lo reitero, al mismo tiempo- una interpretación de índole **“regresiva”**, tal como lo vengo sosteniendo. Aclaro que no desconozco las Sentencias dictadas por el Superior Tribunal Provincial en los casos: **“RUIZ SERRANO vs. RODONI IVANA”**, (Sentencia 1670 del 18/09/2019); **“ALCORTA vs TRANSPORTE ANAN SRL”** (Sentencia del 28/8/18); y **“GONZALEZ vs TRANSPORTE SILVESTRE”** (Sentencia del 16/3/2015), entre algunos de los cotejados; sin embargo, insisto que -en todos los casos antes referidos- **se discutía la aplicación del régimen de viáticos de los choferes larga distancias**;

es decir, los actores de los casos referenciados eran efectivamente Choferes de larga distancia” (según su categoría profesional); y por lo tanto, el Art. 4.1.11 resultaba inexorablemente aplicable a los mismos, por ser dicho régimen especial de viáticos, propios de la “categorización” que tenían asignada (“choferes larga distancia”). Sin embargo, lo reitero, dicha jurisprudencia no debe ser aplicada al caso que nos ocupa, por la sencilla razón -antes explicada y desarrollada- que el actor era un **“empleado administrativo”**; y por lo tanto, no le debían aplicar al mismo el **“régimen de viáticos” excepcional previsto en el Art. 4.2.11**, normativa esta, que -insisto- solo le sería aplicable para los trabajadores de ese rama excepcional (choferes larga distancia), por las características propias de sus actividades. **VI.4.f.** Al respecto, sin el ánimo de ser reiterativo (...) Es decir, el contenido literal de dichas normas hace referencia a **“todos” los trabajadores** (con la sola excepción de los previstos en capítulo 4.2), e indica que **percibirán como parte de su remuneración: un importe fijo -por cada día efectivamente trabajado- en concepto de comida (art. 4.1.12); de viático (art. 4.1.13);** y finalmente también se le abonaba al actor un **“adicional por especialidad”**, que interpreto es el establecido por Art. 5.10.4.g.; y siendo del caso destacar que todos esos adicionales o viáticos, **le fueron abonados de manera mensual, normal y habitual conforme surge de los recibos de fs. 4/5;** cuestión esta, que no está controvertida, sino que la controversia se limita al carácter remunerativo, o no, de tales adicionales y viáticos.” (el destacado del texto viene de origen).

Finalmente, afirmó que **“(...) VI.5.** Continuando con el examen de los rubros objeto de controversia, y su carácter remunerativo, o no, me parece importante recordar -o más bien precisar- el significado de los que sería un **viático**, a los fines de determinar si el mismo -en el caso concreto- debe ser considerado, o no, como parte de la base de cálculo remunerativa, al efecto de la liquidación indemnizatoria. Así tenemos que, bajo el nombre de “viático” se puede considerar toda retribución que el dependiente recibe por la no disponibilidad plena de su tiempo libre y el sacrificio que le impone el alejamiento de su residencia, implicándole ello ciertos gastos que efectivamente deberá efectuar para su alimentación, hospedaje, transporte, comunicaciones, etc.. En mérito a ello, y en virtud de lo dispuesto en el art. 106 LCT, se puede establecer -como principio general- que **los viáticos son remuneraciones cuando no se le exige al trabajador la entrega de comprobantes de modo que obtiene una ganancia o por lo menos tiene la oportunidad de obtenerla;** y -por el contrario- **no son remuneraciones cuando se paga a cambio de la entrega de documentación que acredite el gasto;** es decir que el trabajador no obtiene ganancia, ni tiene oportunidad de obtenerla, porque **existe una correspondencia entre lo recibido y lo gastado** (documentalmente acreditado), lo que implica que no existe margen de ganancia posible. En otras palabras, de lo normado por los Arts. 103, 106 y Cctes. de la LCT, surge que **el principio general es que los viáticos son remuneraciones**, siendo **la excepción** aquellos casos en los cuales el empleador **requiera comprobante o documentación que justifique el gasto** (lo que sería el “importe efectivamente gastado y acreditado por comprobantes”); y también será considerado remuneración, en aquellos casos en que se abone **una suma fija** (mensual, semanal, etc.) y **no exista necesidad de rendición alguna**. Así las cosas, en el caso que nos ocupa se observa que el pago del rubro, bajo denominación de “viáticos” (viatico especial), presenta características propias de lo que es el principio general que rige la materia, y que hace que **sean parte de la remuneración**, toda vez que: **a)** el importe que se entregaba por “viáticos” era una suma fija determinada por el convenio colectivo, por cada día efectivamente trabajador (Art. 4.1.13); **b)** no existe obligación de rendición de gastos; y **c)** era aplicable para todos los trabajadores comprendidos en el convenio 40/89, a excepción -como se examinó anteriormente- de los conductores de larga distancia. Al respecto, y si tenemos en cuenta el principio general, puede observarse que la demandada ni siquiera alegó que existía obligación del actor (insisto, empleado administrativo), de rendir cuenta de los viáticos, que se le entregaban mensualmente (con la remuneración), tomando en cuenta un valor fijo (establecido en el convenio), por cada día trabajado. Tampoco la demandada acercó, u ofreció como prueba documental, algún instrumento (comprobante de gastos) que justifique que los importes entregados mensualmente al actor, por el concepto de viático especial,

hayan sido efectivamente gastados, o que el actor presentaba mensualmente rendición documentada de dichos gastos; sino que -por el contrario- se limita a sostener que son “no remunerativos”, por aplicación del Art. 4.1.11, el que insisto, según interpreto, no se aplica a todos los trabajadores del convenio, sino solamente para la rama o sector de los “**conductores de larga distancia**” (regulados en el capítulo 4.2), y tiene su razón de ser, la “especialidad” de su trabajo (en viajes de transporte larga distancia) que -según el propio convenio- genera la imposibilidad de documentar el monto de los gastos que el dependiente debe efectuar durante los viajes; pero dicha norma no puede aplicarse a una persona que trabaja en la sede de la empresa, como empleado administrativo de la misma. Al respecto, no está de más recordar que calificada doctrina enseña que: “*Si los viáticos **no contaran con los comprobantes** emitidos por quien prestó el servicio (transporte, hotelería, etc.), se los considerará como parte del salario con todas sus consecuencias laborales y previsionales*” (cfr. De Diego, Julián Arturo, “Manual de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social”, 5ª edición actualizada, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2002, pág. 312). La negritas me pertenecen. En igual sentido, la Jurisprudencia de Nuestro Címero Tribunal Provincial, ha tenido oportunidad de anular una sentencia del Tribunal Inferior, por el vicio de arbitrariedad, cuando se decidió que el viático no tenía carácter remunerativo, pese que no existía obligación de rendir cuenta de los mismos; es decir, la Excma. Corte aplicó la tesis que vengo sosteniendo, y que constituye el principio general en la materia, en el sentido que **los viáticos son parte de la remuneración del trabajador, cuando no existe obligación de rendir cuenta de las sumas fijas percibidas por dicho concepto**. (ver: CSJT, sentencia n° 247 del 16 de Abril de 2012; in re: “Zelarayán Roberto vs. Embotelladora del Interior S.A. s/ Cobro de pesos”). Lo mismo sucede con el importe que se entrega por “comida”, que más allá que no lleve la denominación de viático, su naturaleza es similar, porque es un importe fijo que se entrega, por cada día trabajado, sin necesidad de rendición alguna. Es decir, participa de la misma naturaleza de lo examinado en punto anterior, y al ser un importe fijo, sin estar sujeto a rendición, quiere decir que el trabajador recibe una suma fija a cambio de ir al trabajo (por día efectivamente trabajado); lo que lo convierte en una ganancia (por ir al trabajo), o al menos, queda claro que existe la posibilidad (para el trabajador) de obtener ganancia a partir del cobro del mismo, por ejemplo porque no lo gasta al importe en comida, o porque no gasta todo el importe, en comida; quedando también claro que al no ser necesaria la “rendición del importe”, el mismo debe considerarse parte de la remuneración. Igual sucede con el “adicional por especialidad”, importe este, que también es un porcentual fijo (10% sobre sueldo básico); y dicho importe es fijo, mensual, normal y habitual, y no está sujeto a rendición alguna, ni se otorga atender gasto alguno; razón por la cual, claramente se abona como contraprestación por el trabajo cumplido, y -por lo tanto- no puede dejar de ser considerado como parte de la remuneración, atendiendo a los principios generales que gobiernan la materia, y en particular, a la luz de las líneas directrices establecidas por el artículo 1 del convenio O.I.T. N° 95; que goza de jerarquía constitucional, y del cual no podemos prescindir, al momento de examinar el tema. En el caso que nos ocupa, lo reitero, no se aportó ningún elemento probatorio que demuestre -al menos indiciariamente- que los montos que se abonaban mensualmente por los conceptos controvertidos, estaban “sujetos a rendición de cuentas”, o a algún tipo de seguimiento o contralor, de parte de la demandada, como para justificar que eran conceptos que se gastaban efectivamente. Por el contrario, la prueba pericial contable demuestra que eran percibido por el actor de manera mensual, normal y habitual (fs. 160/163) sin que se pueda inferir que se trató de viáticos genuinos destinados a gastos inherentes a la ejecución de la prestación de servicios del actor. Esto claramente me lleva a considerar que se trató de una contraprestación con motivo del contrato de trabajo envuelta bajo el ropaje de “viáticos”, “comida” y “adicional por especialidad” en fraude a las normativas citadas en párrafos precedentes y que no encuadra en la excepción dispuesta por la norma legal. VI.6. En ese contexto de situaciones, recapitulando lo expuesto, y teniendo en cuenta los recibos de sueldo agregados a fs. 4/5 (que permiten examinar cómo estaba integrada lo que era la “remuneración” del actor), puede observarse claramente que dentro de la misma sí estaban incluidos efectivamente los rubros reclamados por el

actor, como integrantes de su remuneración mensual, normal y habitual, a saber: (i) adicional comida (ii) viático especial y (iii) adicional por especialidad. En tal sentido, se observa que en la columna de “conceptos” (de los recibos de sueldo adjuntados a fs. 4 y 5), se puede verificar la liquidación de todos los rubros reclamados por el actor, los que se encuentran expresamente consignados y abonados en cada uno de los recibos acompañados. Además, también se puede verificar -insisto- que esos rubros o adicionales eran liquidados y abonados de **manera mensual, normal habitual**; es decir, tienen regularidad de pago mensual, a favor del trabajador. Por otro lado, también se puede corroborar el pago de dichos ítems (liquidado y abonado), en lo que fue la liquidación final de fs. 3; siendo del caso mencionar que también queda claro que los mismos no fueron incluidos al momento de realizar las liquidaciones indemnizatorias del despido; conforme fue reconocido por la demandada. **VI.7.** Además, y con relación al **carácter mensual, normal y habitual que revisten los conceptos señalados**, nuestra CSJT sostuvo que (...) **VI.8.** Antes de concluir, no quiero dejar de referirme a la prueba de informes del Ministerio de Producción y trabajo de fs. 216/226, donde se agrega un dictamen con OPINIÓN LEGAL sobre lo que sería el carácter “no remunerativo” del régimen de viáticos regulado por el Art. 4.2.11 del CCT 40/89. Sobre el mismo, y más allá de no ser vinculante para este Magistrado, ya que está en juego el deber constitucional de aplicar el derecho, con prescindencia y aun en contra de la opinión de las partes (Art. 34 CPCC, supletorio), no puedo dejar de mencionar -en coincidencia con lo antes expuesto, que dicho “REGIMEN DE VIATICOS” (previsto en Art. 4.2.11 del CCT 40/89), no resulta de aplicación a “TODOS” los trabajadores sujetos al Convenio Colectivo, ya que no es una norma de alcance “general” (conforme los términos del Art. 2.3), sino que -lo reitero- considero que es una norma “especial”, que rige exclusivamente para los trabajadores incluidos en dicho capítulo del convenio (capítulo 4.2.) donde se regula la actividad de los conductores o choferes de larga distancia, por las características especiales de dicha actividad; y por lo tanto, **como toda norma especial debe ser de aplicación restrictiva**; y más aún cuando a partir de la misma se coloca al trabajador en una situación más desfavorable, lo que sucedería cuando se decide que un importe o rubro (que se abona en forma mensual, normal y habitual), sería “no remunerativo”. Al respecto, también resulta del caso recordar lo normado por el art. 9 de la LCT, que nos indica que incluso, en caso de duda sobre la interpretación, aplicación o no, de una norma -legal o convencional- a un trabajador concreto, **se debe estar a la interpretación o aplicación que sea más favorable para el trabajador; que es lo que propiciamos en el presente caso concreto.** **VI.9.** En merito a todas las consideraciones expuesta, lo normado en el CCT 40/89 (conforme la interpretación antes explicitada), doctrina y jurisprudencia citada, considero que **se debe concluir que la posición de la demandada, de considerar rubros “no remunerativos” al (i) viático especial, (ii) asignación por “comida”, y (iii) al “adicional por especialidad”**), no se ajusta a derecho, ni se compadece con las circunstancias comprobadas de la causa; por lo tanto, en rigor de verdad, deben ser considerado como **una parte integrante de la remuneración del trabajador, interpretando que son “rubros remunerativos”**; y sobre todo, **insisto respecto de los importes fijos que se asignaban como viáticos (viatico especial y comida)**, respecto de los cuales la demandada no solamente no ha producido prueba alguna de “rendiciones documentadas” de los mismos; sino que tampoco puso a disposición del perito contador la documentación que respaldaría su posición, en el sentido que se trataban de gastos documentados. En definitiva, en base a todo lo expuesto, doctrina y jurisprudencia citada, considero que la suma abonada al actor bajo los conceptos “adicional por especialidad”, “viático” y “comida”, en forma normal, mensual y habitual, resultaban claramente conceptos “remunerativos”, a la luz de las normas legales, constitucionales y convencionales; y por lo tanto, así debían considerarse a todos los efectos legales del presente; y -al revestir el carácter de remunerativos- debían formar parte de la “base de cálculo indemnizatorio” sobre la cual debían calcularse las indemnizaciones del trabajador, como consecuencia del despido sin causa. Así lo declaro. Dicho de otro modo, y más allá de la calificación que se le dé a los conceptos en cuestión, debe primar la real naturaleza con la que se otorgan, que no es otra que la de “contraprestación por el trabajo efectivamente cumplido”; es decir, que son conceptos que se

pagan como consecuencia de la contraprestación por el trabajo cumplido por el dependiente (incluso en caso de comida y viático especial, expresamente se consigna que son por día efectivamente trabajado); y -por lo tanto- son una fuente de ganancia que se incorpora al patrimonio del trabajador, y debe ser considerada indefectiblemente como de *naturaleza remuneratoria*. Así lo declaro()" (el resaltado del texto viene de origen).

Pues bien, en concreto en estos agravios -dejando de lado los argumentos referidos a la nulidad de la sentencia que ya fueron considerados y rechazados y a lo cual me remito- el apelante cuestionó que en el fallo atacado se le otorgó carácter remunerativo a los ítems 4.1.12 y 4.1.13 del CC 40/89 a pesar de la previsión expresa que surge de la norma respecto de su carácter no remunerativo, y se quejó el apelante de que el juez a quo mencionó que la demandada debió producir prueba que acredite dicho carácter no remunerativo.

Respecto de este último argumento, tengo en cuenta que en la sentencia atacada se mencionaron las directivas establecidas por nuestro máximo Tribunal de Justicia nacional en el precedente jurisprudencial "Pérez Aníbal vs Disco S.A." donde se refirió acerca de la protección del salario de los trabajadores y reiterados luego en la causa: "González, Martín Nicolás c. Polimat S.A. y otro", sentencia del 19/05/2010, Fallos: 333:699 en la que nuestro Máximo Tribunal Nacional nuevamente trató esta temática.

También, en el fallo atacado se resaltó que las normas que intentan proteger el salario incluyen también a las de origen convencional y que a partir del control de constitucionalidad de la legislación la Corte dejó en claro que esa interpretación debe ser guiada por las directrices propias del "principio de progresividad", todo lo cual comparto y conlleva que la posición de la demandada de considerar como no remunerativos los rubros controvertidos lesiona el derecho del actor a una retribución justa.

Asimismo, considero acertado la diferenciación establecida por el juez a quo sobre las normativas que integran el CCT 40/89 de naturaleza general -aplicables a todas las categorías- y las de carácter particular -aplicables solo a la categoría a las que expresamente se refieren-.

De allí la conclusión que el Art. 4.2.11 del CCT 40/89 -que regula el "régimen de viáticos"- es solo aplicable a la categoría "choferes personal larga distancia" de dicho convenio, teniéndose en cuenta que el actor era un "trabajador administrativo" -categoría administrativo de 2°- del CCT 40/89 -no se quejó el apelante al respecto de ello- y por ello no le resultaba aplicable el Art. 4.2.11 por que solo se aplica al personal o los choferes de larga distancia y lo que configura una excepción al principio general de viáticos contemplado en el Art. 106 LCT.

Por lo expuesto, no rige respecto del actor la regulación respecto de los viáticos (regulados por los ítems 4.1.12; 4.1.13; 4.1.14; 4.2.4; 4.2.5. inc. a); 4.2.17; y 5.1.15.) sobre la imposibilidad de documentar el monto de los gastos que los dependientes tienen que efectuar en sus viajes por tratarse de un trabajador administrativo.

Por ello, para atribuirle un carácter no remunerativo a dicho ítem la demandada debió acreditar que el actor presentaba dicha documentación ya que de lo contrario el pago de los mismos constituía un pago voluntario (no legal ni obligatorio) y que hacía presumir que era de carácter remunerativo.

En ese contexto y teniendo en cuenta los recibos de sueldo agregados a fs. 4/5 de donde surge cómo estaba integrada la remuneración del actor, se puede observar que dentro de la misma sí estaban incluidos efectivamente los rubros reclamados por el actor como integrantes de su remuneración mensual, normal y habitual bajo el nombre de adicional comida, viático especial y adicional por especialidad, es decir, tenían regularidad de pago mensual a favor del trabajador.

Entonces, luce ajustado a derecho lo considerado por el juez a quo cuando expuso que más allá de la calificación que se le dé a los conceptos en cuestión debía primar la real naturaleza con la que se los otorgó, como un “contraprestación por el trabajo efectivamente cumplido”, incluso, en el caso de comida y viatico especial expresamente se consignó que eran por día efectivamente trabajado, convirtiéndose en una fuente de ganancia que se incorporó al patrimonio del trabajador y que debe ser considerada indefectiblemente como de naturaleza remuneratoria.

Y de allí que se le haya exigido a la demandada carga de la prueba de acreditar que dichos ítems que fueron pagados voluntariamente por el empleador fueron pagados con una naturaleza no remunerativa, pues la presunción en base a todo lo expuesto en la sentencia es que se pagaban como conceptos

remunerativos.

En cuanto a su argumento de que el sentenciante de primera instancia había omitido la valoración del informe remitido por Ministerio de Producción y trabajo, cabe señalarse que en el fallo atacado expresamente se manifestó: “(...) Antes de concluir, no quiero dejar de referirme a la prueba de informes del Ministerio de Producción y trabajo de fs. 216/226, donde se agrega un dictamen con OPINIÓN LEGAL sobre lo que sería el carácter “no remunerativo” del régimen de viáticos regulado por el Art. 4.2.11 del CCT 40/89. Sobre el mismo, y más allá de no ser vinculante para este Magistrado, ya que está en juego el deber constitucional de aplicar el derecho, con prescindencia y aun en contra de la opinión de las partes (Art. 34 CPCC, supletorio), no puedo dejar de mencionar - en coincidencia con lo antes expuesto, que dicho “REGIMEN DE VIATICOS” (previsto en Art. 4.2.11 del CCT 40/89), no resulta de aplicación a “TODOS” los trabajadores sujetos al Convenio Colectivo, ya que no es una norma de alcance “general” (conforme los términos del Art. 2.3), sino que -lo reitero- considero que es una norma “especial”, que rige exclusivamente para los trabajadores incluidos en dicho capítulo del convenio (capítulo 4.2.) donde se regula la actividad de los conductores o choferes de larga distancia, por las características especiales de dicha actividad; y por lo tanto, **como toda norma especial debe ser de aplicación restrictiva**; y más aún cuando a partir de la misma se coloca al trabajador en una situación más desfavorable, lo que sucedería cuando se decide que un importe o rubro (que se abona en forma mensual, normal y habitual), sería “no remunerativo”. Al respecto, también resulta del caso recordar lo normado por el art. 9 de la LCT, que nos indica que incluso, en caso de duda sobre la interpretación, aplicación o no, de una norma - legal o convencional- a un trabajador concreto, **se debe estar a la interpretación o aplicación que sea más favorable para el trabajador; que es lo que propiciamos en el presente caso concreto ()**” (el resaltado del texto viene de origen).

De lo arriba transcripto surge que el juez a quo no solo mencionó y valoró el informe que según el apelante se había omitido valorar, sino que además dio motivos fundados para apartarse de lo expresado en ese informe atento su carácter no vinculante.

Afirmó también en este agravio el apelante que el actor a fin de evitar que se le de naturaleza no remunerativa a los ítems reclamados debió realizar un planteo de inconstitucionalidad de los puntos 4.1.13 y 4.2.11 del CC 40/89 pues esa sería -según su criterio- la única vía jurídica para poder considerar su pretensión, agregando que tampoco agotó la vía administrativa que impediría la obligatoriedad de dichas normas a los fines de evitar que se le conceda naturaleza no remunerativa a los ítems reclamados.

A más que respecto esta última pretensión no cita el apelante la normativa legal de donde surgiría dicha obligación, cabe también recordar que la declaración de inconstitucionalidad de una norma debe ser realizada siempre como ultima ratio y de la sentencia surge que el Juez a quo no consideró necesario dicha declaración de inconstitucionalidad por cuanto realizó un armónico análisis de la norma general y la particular (LCT y CC 40/89) de lo que concluyó acertadamente acerca de la naturaleza remunerativa de los rubros bajo análisis, sin con ello violentar de ningún modo la constitucionalidad de norma alguna.

Por todo lo expuesto corresponde rechazar estos agravios en tratamiento. Así lo declaro.

En su **tercer agravio** el apelante manifestó: “() **Nuestro Tercer agravio** radica en la procedencia dispuesta por el fallo por los rubros dinerarios reclamados como diferencias salariales sobre diferentes rubros ya que entendemos que tales conceptos no resultan en absoluto procedentes, ya que al no tener asidero el reclamo esencial de incorporación a la base de cálculo de ítems no remunerativos (4.1.12 y 4.1.13), también consideramos incorrecta, como una derivación de nuestro

planteo precedente, la procedencia dispuesta por el A-quo de tales rubros reclamados como diferencias. Pido así se declare.- ()” (el resaltado del texto con negrita viene de origen).

En su **cuarto agravio** el apelante manifestó: “() **Nuestro cuarto agravio** radica en la procedencia dispuesta por el Juez de Grado de la multa del Art 2 de la ley 25.323 y aun cuando ha morigerado su cuantía, entendemos que tampoco dicho reclamo es procedente, ya que por los argumentos anteriormente vertidos no entendemos procedente la demanda interpuesta.- Creemos que la demanda debe ser rechazada mediante la revocación de la sentencia, y además mi mandante ha indemnizado al actor en su momento y le ha pagado conforme la normativa vigente y ahora que el Sr Juez entiende que la misma normativa no es correcta y sin que la parte actora lo haya planteado, considera –sin sustento fáctico y legal alguno - que mi cliente es deudor de una sanción por una conducta lesiva al actor.- Esta sanción no tiene fundamento alguno en autos, ya que mi cliente cumplió en su oportunidad con la manda legal y convencional e indemnizó al actor Cueva con la legislación vigente, por lo que no tienen asidero y nos agravia la decisión del Juez de cargar a mi poderdante con una sanción que está dirigida a aquellas patronales que eluden infundadamente el pago de las indemnizaciones y no a quien solo cumplió con la ley y el CCT vigente.- Es claro, recién ahora el Juez dispone que dichos ítems de CCT 40/89 son remunerativos y debe liquidarse su indemnización por tales rubros y entonces cual sería la razón o fundamento para aplicarla multa del art 2 de la ley 25.323 a mi cliente por conductas anteriores.- Ninguna S.E., ya que dicha norma sanciona la conducta contumaz de las patronales más no los casos como el de mi cliente que ha sido solo el Juzgador – DE OFICIO - quien ha declarado – tácitamente – la inconstitucionalidad de la naturaleza no remunerativa de los ítems 4.1.12 y 4.1.13.- Este agravio debe prosperar. así lo pido.()” (el resaltado del texto con negrita y mayúscula viene de origen).

Y finalmente, en su **quinto agravio** el apelante manifestó: “() Finalmente **nuestro quinto agravio** lo constituye la forma de imposición de costas y en tal sentido entendemos que el proceder del Juzgado al cargar las costas del proceso a mi conferente luego de una declaración unilateral y de oficio de una pseudo-inconstitucionalidad encubierta a favor de la parte actora, no resiste el menor análisis y no solo transforma al acto en arbitrario e irrazonable sino que le confiere **gravedad institucional** que excede el marco de este proceso, por los efectos que el mismo puede producir en el mercado laboral del transporte.-No existe razón alguna que mi mandante deba afrontar las costas de un proceso que no generó y en el que no hizo nada más que aplicar las normas vigentes y en el que el Sr Juez Inferior en Grado, voluntariamente y sin que nadie lo plantee, ha resuelto declarar encubiertamente una inconstitucionalidad de lo acordado entre las partes y ha generado un crédito al actor cambiando la naturaleza no remunerativa de sendas cláusulas convencional en la que ni siquiera se dio participación a la entidad sindical firmante de tal CCT. ()” (el resaltado del texto viene de origen).

Pues bien, conforme surge del texto de los tres agravios arriba transcritos los mismos tienen como presupuesto para su progreso que se hubiere hecho lugar a los dos primeros agravios, es decir, que solo podrían ser analizados en el caso de que se hubiere admitido la pretensión del apelante de modificar la sentencia en cuanto declaró remunerativos los rubros reclamados en la demanda.

Conforme surge de la presente sentencia no fue receptada la pretensión de la demandada en ese sentido y por ello corresponde rechazar el tratamiento de los agravios tercero, cuarto y quinto. Así lo declaro.

En virtud de todo lo hasta aquí tratado, corresponde rechazar el recurso de apelación intentado por la parte demandada en contra de la sentencia del 21.06.22, la que se confirma de conformidad a lo aquí tratado. Así lo declaro.

#### **COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA:**

En base a que el recurso interpuesto no prospero, es que se las impongo a la demandada vencida (art. 63 -última parte- del CPCC supletorio). Así lo declaro.

#### **HONORARIOS DE SEGUNDA INSTANCIA:**

A los fines de la regulación de los honorarios correspondientes a esta segunda instancia, tengo en cuenta lo normado por los artículos 15, 39, 40 y cc. de la ley 5.480 y 51 del CPL, y se regulan los

siguientes honorarios:

- 1) Al letrado Alan Fernández Nahid, apoderado de la parte actora, se le regula el 30% de los honorarios que se regularon a la representación letrada del actor en primera instancia por autos principales, lo que arroja una suma de \$87.668.
- 2) Al letrado Alejandro Torres apoderado de la demandada, se le regula el 25% de los honorarios que se regularon a la representación letrada de la demandada en primera instancia actualizados a la fecha, lo que arroja una suma de \$36.528 .

Atento lo dispuesto por el art. 38 de la ley 5480, y a fin de no afectar la dignidad del trabajo profesional y el carácter alimentario del mismo, y por surgir justificado en la presenta causa, es que corresponde elevar los honorarios de ambos letrados al valor de una consulta escrita mínima establecida por el Colegio de Abogados de la Provincia de Tucumán, es decir, se regula al letrado Alan Fernández Nahid la suma de \$100.000 (pesos cien mil) y al letrado Alejandro Torres la suma de \$100.000 (pesos cien mil). Así lo declaro.

**VOTO DE LA VOCAL CONFORMANTE MARIA DEL CARMEN DOMINGUEZ:**

Por compartir los fundamentos dados por el Vocal preopinante, se vota en igual sentido.

Por ello, el Tribunal de esta Sala la,

**RESUELVE:**

- I.- **RECHAZAR** el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada en contra de la sentencia definitiva de fecha 21.06.22, por lo considerado.
- II.- **COSTAS:** conforme fueran tratadas.
- III.- **HONORARIOS:** se regulan por el recurso de apelación al letrado Alan Fernández Nahid la suma de \$100.000 (pesos cien mil) y al letrado Alejandro Torres la suma de \$100.000 (pesos cien mil), por lo considerado.
- IV.- **TÉNGASE PRESENTE** la reserva del caso federal realizada por la demandada en su escrito de expresión de agravios.

**HAGASE SABER.**

**ADRIÁN MARCELO R. DÍAZ CRITELLI MARIA DEL CARMEN DOMINGUEZ**

(VOCALES, con sus firmas digitales).

**ANTE MÍ: RICARDO C. PONCE DE LEÓN.**

(SECRETARIO, con su firma digital).