

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA

PODER JUDICIAL MENDOZA

Foja: 55

13-04454023-6/1

CUIJ: 13-04454023-6/1((010406-159156))

DAMINATO S.A. EN J 159156 FERNANDEZ CARLOS JOSE C/ DAMINATO SA P/ DIFERENCIA DE INDEMNIZACION P/ RECURSO EXTRAORDINARIO PROVINCIAL

\*105966655\*

En Mendoza, a 11 de marzo de 2022, reunida la Sala Segunda de la Excma. Suprema Corte de Justicia, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04454023-6/1, caratulada: "DAMINATO S.A. EN JUICIO N° 159.156 "FERNANDEZ, CARLOS JOSE C/ DAMINATO S.A. P/ DIFERENCIA INDEMNIZACION" S/ RECURSO EXTRAORDINARIO PROVINCIAL".

De conformidad con lo decretado a fojas 54 quedó establecido el siguiente orden de estudio en la causa para el tratamiento de las cuestiones por parte de los Señores Ministros del Tribunal: primero: DR. MARIO DANIEL ADARO; segundo: DR. JOSÉ V. VALERIO; tercero: DR. OMAR ALEJANDRO PALERMO.

**ANTECEDENTES:**

A fs. 18/27vta., se presentó el Dr. Roberto Occhipinti, en representación de la demandada, Daminato S.A., e interpuso recurso extraordinario provincial contra la sentencia dictada a fs. 155 y sgtes. de los autos N° 159.156 "Fernández, Carlos José c/ Daminato S.A. p/ Diferencia de Indemnización" originarios de la Excma. Cámara Sexta del Trabajo.

A fs. 37 se admitió formalmente el recurso interpuesto y se corrió traslado a la parte contraria, quien contestó a fs. 40/45 vta., a través de sus apoderados, Dres. María Paula Oviedo y Alejandro Von Katona.

A fs. 48/49 se agregó el dictamen del Sr. Procurador General, quien por las razones que expuso aconsejó la procedencia parcial del recurso extraordinario.

A fs. 54 se llamó al Acuerdo para sentencia y se dejó constancia del orden de estudio en la causa por parte de los Señores Ministros del Tribunal.

De conformidad con lo establecido por el art. 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

**P R I M E R A:** ¿Es procedente el recurso interpuesto?

**S E G U N D A:** En su caso, qué solución corresponde?

**T E R C E R A:** Pronunciamiento sobre costas.

**SOBRE LA PRIMERA CUESTION EL DR. MARIO D. ADARO, dijo:**

I. La Cámara de origen hizo lugar parcialmente a la demanda interpuesta en concepto de diferencias salariales y rubros indemnizatorios, originados en un despido incausado.

Para así decidir -en lo que aquí interesa- el juzgador formuló los siguientes argumentos:

1. Más allá del carácter que le adjudiquen las partes signatarias de un convenio colectivo de trabajo o el legislador a determinados rubros, si éstos importan una ganancia para el trabajador, deben considerarse de naturaleza salarial.

2. Compartió el criterio que jurisprudencialmente ha resuelto que los viáticos otorgados al amparo del CCT 40/89, revisten naturaleza remuneratoria.

3. Condenó a pagar rubros salariales calculados sobre otros de naturaleza indemnizatoria.

**II.** Contra dicha decisión la demandada interpone recurso extraordinario provincial a tenor de lo expuesto por el art. 145 incs. c), d) f) y g) del Código Procesal Civil, Comercial y Tributario de Mendoza, al considerarla errónea, arbitraria, carente de fundamentos, autocontradictoria e incongruente.

1. Sostiene que el *a quo* resuelve en forma arbitraria la declaración de inconstitucionalidad del ap. 4.2.11 del CCT 40/89, referido al ítem viático por comida, declarándolo rubro remunerativo y por tanto -de esa manera- formando parte de la base del cálculo de la indemnización por despido.

2. Aduce que estos viáticos especiales que se abonan al chofer por comida, alojamiento, kilómetro recorrido, hacen a su subsistencia, y que en caso de inasistencia, aún justificada, el chofer no los cobra, por lo que la decisión del *a quo* -de declararlos remunerativos- viola toda inteligencia lógica al respecto, desconociendo el principio de especificidad y el derecho aplicable. La decisión viola también el art. 106 de la LCT, el art. 14 bis de la Constitución Nacional y el Convenio 95 de la OIT, relativo al salario, el derecho de defensa en juicio, razonabilidad e igualdad.

3. Manifiesta que resulta inadmisibile que sea alcanzado como salario una prestación que no ingresa en el patrimonio del trabajador.

4. Cita jurisprudencia que avala su postura. Advierte que la sentencia carece de fundamentación y prescindió de las disposiciones legales con una interpretación arbitraria de las normas aplicables.

5. Estima que la sentencia no da razones suficientes para prescindir de los elementos conducentes para resolver el litigio y aplicar el derecho vigente.

6. Critica además que la decisión luce autocontradictoria cuando rechaza rubros de naturaleza salarial calculados sobre otros de naturaleza indemnizatoria y a renglón seguido hace lugar a otros rubros con iguales características.

**III.** Anticipo que, el recurso prospera.

1. En primer lugar esgrime el recurrente que el ítem (art. 4.1.11) del convenio colectivo de trabajo N°40/89 abonado al trabajador debe ser considerado como rubro no remuneratorio teniendo en cuenta que no implica una ganancia para el trabajador por no ingresar a su patrimonio y que la interpretación del Tribunal carece de apoyo legal.

2. De acuerdo con las normas transcritas, el art. 106 LCT autoriza a que un convenio colectivo de trabajo atribuya carácter no remuneratorio a gastos de comida, traslado o alojamiento sin exigencia de rendición de cuentas. Así lo prevé el CCT 40/89 que establece que dichos viáticos no son remunerativos. La razón de que se atribuya esa naturaleza obedece a que verdaderamente son viáticos, aunque sin necesidad de rendición de cuentas dada la dificultad de obtener comprobantes, y además no son abonados los días en que no hay desempeño laboral. Si constituyera una retribución por el solo hecho de que el trabajador ponga su capacidad de trabajo a disposición del empleador, debería abonarse el mismo. Sin embargo el CCT dispone que se paga una suma por día trabajado, pues el objeto es reintegrar un gasto que debe afrontar el trabajador en virtud de la modalidad de la prestación.

Así se ha dicho que: "Los viáticos otorgados al amparo del CCT 40/89, entregados sin necesidad de presentar comprobantes de rendición de cuentas, no revisten naturaleza remuneratoria, porque así lo habilita el art. 106 de la Ley de Contrato de Trabajo, como también porque ha sido la resultante de la voluntad colectiva de las partes signatarias de la norma convencional. (Sala IX de la CNAT, "Mansilla Natalia Sonia c/ Correo Andreani SA y otro s/ despido")

3. A fin de realizar el correcto análisis se impone necesario establecer que, el convenio colectivo de trabajo actualizado establece expresamente al respecto:

*"4.1.12 Comida: Todos los trabajadores comprendidos en el presente Convenio Colectivo de Trabajo, a excepción de los comprendidos en el capítulo 4.2, percibirán en concepto de comida, por cada día efectivamente trabajado, la suma de (\$21,22). El trabajador que preste servicios en jornada diurna y que por razones de servicio debiera realizar horas extraordinarias, superadas las veintiuna (21) horas, tendrá derecho a percibir otro importe igual al referido en el párrafo anterior, en concepto de cena.*

13. *Viático especial: Todos los trabajadores comprendidos en el presente Convenio Colectivo de Trabajo, a excepción de los comprendidos en el capítulo 4.2, percibirán por cada día efectivamente trabajado, en concepto de viático la suma de \$10,63.- Este viático compensará el gasto de movilidad en que el trabajador incurre, correspondiendo su percepción, en forma acumulativa, al ítem 4.1.12.*

11. *Régimen de viáticos: En los casos previstos en los Ítems 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 Ítems 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). Asimismo los montos previstos en los Ítems 4.1.12., 4.1.13., 4.1.14., 4.2.5. inc. a) y b), 4.2.17. y 5.1.15. serán incrementados cada vez que por acuerdos de partes, Leyes, Decretos u otras formas se incrementen las remuneraciones básicas, ya sea éstas por porcentaje o por montos fijos, con el mismo porcentual resultante del incremento del sueldo básico del Chofer de Primera Categoría." (Rescatado en octubre de 2019 de: <http://www.camioneros.org.ar/images/joomlart/demo/documentos/convenio-enero2016.pdf>).*

a. De manera que la norma referenciada dispone expresamente la posibilidad de acumular rubros tales como viáticos por comida y viáticos especiales que compensa el gasto de movilidad- y que dichos ítems no forman parte de la rendición de cuentas y, por tanto, no deben ser considerados como parte de la remuneración lo que se confirma en el artículo 106 de la ley 20.744.

b. En referencia a ello, estimo oportuno recordar jurisprudencia emanada de esta misma Sala -aunque con distinta integración- en fallo "Lobos" en el que se concluyó expresamente: "Este Tribunal ha establecido que no se considera salario a los viáticos liquidados al personal de choferes de una empresa de transporte en forma regular y permanente, sin sujeción a rendición de cuentas. En el ámbito administrativo las compensaciones por comida, pernoctada, permanencia fuera de residencia habitual, que percibe el personal que conduce vehículo de transporte de corta y larga distancia, no están sujetas a tributación previsional, si la falta de rendición de cuentas está prevista en una convención colectiva de trabajo ("Lobos" sentencia de fecha 29 de marzo del 2001 LS300-334).

c. En otras palabras, los viáticos determinados en el convenio colectivo de trabajo N°40/89, abonados sin necesidad de presentar comprobantes de rendición de cuentas no revisten naturaleza remuneratoria, ya que así lo habilita el art. 106 de la Ley de Contrato de Trabajo y, en tal contexto, ello ha sido el resultado de la voluntad colectiva de las partes signatarias de la norma convencional lo que debe ser así respetado como fuente de derecho (art. 14 bis de la Constitución nacional, arts. 1°, 7, 8 de la Ley de Contrato de Trabajo; arts. 7, 8 y concordantes de la ley 14.250).

d. Consecuentemente, este agravio se admite.

4. Por otro lado cuestiona que la resolución atacada rechazó el reclamo referido a sueldo anual complementario (en adelante sac) sobre vacaciones por considerarlos de distinta naturaleza, pero seguidamente hizo lugar a la pretensión de calcular sac sobre integración del mes de despido y sobre preaviso, cuando éstos también revisten naturaleza reparatoria.

a. En este sentido tengo dicho que un rubro de naturaleza indemnizatoria no puede generar otro de naturaleza salarial. De este modo no corresponde calcular el salario complementario (de naturaleza remuneratoria) sobre rubros de tipo indemnizatorio.

b. Para así decidir tengo en cuenta que el art. 121 de la LCT, modificado por la ley 23041, modificada por ley 27073, conceptualiza el SAC como el 50 % de la mayor "remuneración" mensual devengada por todo concepto dentro de los semestres que culminan en los meses de junio y diciembre de cada año, mientras que el art. 232, 233 y 156 de la LCT consideran al pago del preaviso omitido, la integración del mes de despido y las vacaciones no gozadas como "indemnización" y no como una "remuneración", entonces la diferente naturaleza jurídica de este concepto impide considerarlo como base de cálculo como lo efectuó la Cámara en perjuicio de la empresa demandada. (Conf. SCJMza Expte. 91481 Fernandez SWC en J° Hernández SWC c/ Higgs Carlos Esteban p/ Desp s/ Inc. Cas" 22-09-08 LS 392-185)

c. En consonancia con lo expuesto, este agravio también se admite.

5. Ante los argumentos señalados, y si mi opinión es compartida por mis distinguidos colegas de Sala, propongo la admisión del recurso extraordinario provincial interpuesto por Daminato S.A.

ASI VOTO.

**SOBRE LA PRIMERA CUESTION EL DR. JOSÉ V. VALERIO, en disidencia, dijo:**

Anticipo que, luego de analizar cuidadosamente las actuaciones, coincido con el Colega preopinante en las consideraciones expresadas en el punto 4, a excepción de las manifestaciones vertidas en los puntos 1 a 3, todo sobre la base de las consideraciones de hecho y de derecho que a continuación se exponen:

En lo que resulta motivo de agravio, la empresa recurrente esgrime que el ítem (art. 4.1.11) del convenio colectivo de trabajo N°40/89 debe ser considerado como rubro no remuneratorio. En consecuencia solicita la anulación del acto impugnado y en su lugar se revoque la inconstitucionalidad resuelta en el punto I del fallo recurrido.

A mi entender el presente conflicto debe ser dirimido a la luz de lo resuelto en mayoría por esta Sala en las causas "Salatti" (sentencia del 07/02/20) y "Gamito" (sentencia del 02/02/22, en los cuales, en lo pertinente señalé:

Es dable recordar que la temática no es nueva, y que la propia Corte de la Nación en el año 2010, en "González, Martín Nicolás c. Polimat S.A." (Fallo 333:699) y otro, y antes, en "Pérez, Aníbal Raúl c. Disco S.A." (año 2009), puso nuevamente en valor el sentido constitucional del salario y criterio que ha seguido replicando recientemente en el caso "Segura c. Ministerio de Defensa" (Fallo 341:1097, año 2018).

Y que la Constitución "es ley suprema, y todo acto que se le oponga resulta inválido cualquiera sea la fuente jurídica de la que provenga, lo cual incluye, por ende, la autonomía colectiva" (doctrina fallos 330:1989 CSJN; SCJM "Zunino", "Asciutti", entre muchos otros).

En los precedentes señalados, la Corte Federal, a partir del principio protectorio, los derechos que de él derivan, así como los enunciados de las declaraciones, tratados y convenios con jerarquía constitucional y supra legal, entendió al trabajador como un sujeto de "preferente de tutela constitucional" ("Vizzotti", fallos: 327:3677, 3689 y 3690 y "Aquino", fallos: 327:3753, 3770, 3797), la cual comprendió necesariamente al salario, derecho constitucional que no puede ser llenado de cualquier modo por el legislador como si se tratase de derecho hueco, siendo tarea del intérprete constitucional determinar su contenido (fallos: 332:2043). Por consiguiente, los jueces deberán otorgar la correcta interpretación de las normas en cuestión con el fin de evitar pý cualquier menoscabo constitucional artículo 14 bis y convenio N° 95 de la O.I.T (in r

Por ello, la materia negocial tiene limitaciones, tal como lo reconoce la doctrina especializada y la jurisprudencia al decir que la Constitución Nacional en su art. 14 bis, si bien garantiza el derecho a la negociación colectiva no lo hace de un modo ilimitado o absoluto, sino sujeto a las leyes que reglamentan su ejercicio (art. 28 CN, in re "Madorran", Fallos 304:319 y 1293; 312:318; 311:1439; 254:58 entre otros).

A lo que se agrega que hay un límite de indisponibilidad que no puede ser soslayado por más acuerdo que exista entre las partes, debiendo estarse a lo que resulta más favorable al trabajador, no afecten disposiciones dictadas en protección del interés general y el orden público laboral (arts. 4 y 7, Ley 14.250).

A nivel nacional, las CNAT, también han tenido sobrada oportunidad para referirse a este tema, e inclusive respecto de los mismos ítems objeto de cuestionamiento por parte del recurrente.

En efecto, recientemente, en las causas "Pasamonte" y "Loreti" (año 2019), la Dra. Graciela Craig estimó que no hay razones para apartarse de los antecedentes de la Corte Nacional ("Díaz c. Quilmes" y "Pérez c. Disco").

Agregó que ha afirmado que resulta inadmisibile que caiga fuera del alcance de las denominaciones "salario" o "remuneración" una prestación que entraña para quien la percibe, inequívocamente, una "ganancia" y que, por ello, solo encuentra motivo o resulta consecuencia del contrato de empleo.

Afirmó, que en ese orden, el hecho de que un convenio colectivo de trabajo (en el "sub examine", el CCT 40/89) denomine "viatico" a una suma fija no sujeta a comprobantes de gastos y, asimismo, determine que esas sumas "tendrán carácter no remunerativo" no resulta suficiente para excluirlo del concepto genérico de remuneración a que hace alusión el art. 103 de la L.C.T. En efecto, la autorización contenida en la última parte del art. 106 de la L.C.T. no está referida a cualquier "ítem" sino que debe tratarse efectivamente de pagos a gastos que se encuentren, por su propia naturaleza, a cargo del empleador. En la especie, la autonomía colectiva no se adecuó al orden público laboral.

En la misma sintonía, en "Zapata" (año 2019), el Dr. Enrique Gibert dijo: "desde este punto de vista, estamos frente a una suma que la demandada abonaba mensualmente y no como reintegro de gastos previamente efectuados por el actor, resultando intrascendente la denominación que le otorgaba a la hora de atribuir naturaleza remuneratoria a esa suma de dinero que la demandada entregaba al actor, pues claramente no se trató de gastos que el trabajador debió efectuar para llevar adelante el adecuado cumplimiento de su trabajo".

3. En el caso, se acreditó que el actor trabajó en relación de dependencia para la demandada como chofer de camión, regido por el CCT 40/89 con fecha de ingreso 02/06/95 y de egreso 20/09/16, por lo que, en virtud de los precedentes citados en primer término, me pronuncio por el rechazo de este motivo de agravio.

ASI VOTO

Sobre la misma cuestión el Dr. OMAR A. PALERMO, adhiere por los fundamentos al voto que antecede.

**SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN EL DR. MARIO D. ADARO, dijo:**

**IV.** De conformidad al resultado a que se arriba en la cuestión anterior, por mayoría de votos, corresponde por imperativo del art. 150 del C.P.C.C.yT. anular parcialmente la resolución impugnada en sus considerandos y resolutivos, sólo en lo que relativo al agravio admitido, esto es, rechazando los rubros SAC sobre integración del mes de despido y sobre preaviso; y remitir a la Cámara de origen a fin de que se practique liquidación final del monto de condena.

ASI VOTO

Sobre la misma cuestión, los DRES. JOSÉ V. VALERIO y OMAR A. PALERMO, adhieren al voto que antecede.

**SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN EL DR. MARIO D. ADARO DIJO:**

**V.** Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de la cuestión que antecede, corresponde imponer las costas en el orden causado. (art. 36 C.P.C.C.yT.).

Sobre la misma cuestión, los DRES. JOSÉ V. VALERIO y OMAR A. PALERMO, adhieren al voto que antecede.

Con lo que terminó el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta:

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

**Y VISTOS:**

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente por mayoría la Sala Segunda de la Excma. Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva,

**R E S U E L V E:**

1º) Admitir parcialmente el recurso extraordinario provincial interpuesto por Daminato S.A., y en consecuencia anular parcialmente la resolución impugnada en sus considerandos y resolutivos, quedando redactada de la siguiente forma: "1-) *Declarar la Inconstitucionalidad delap. 4.2.11 del CCT N° 40/89; 2-)Hacer lugar parcialmente a la demanda iniciada por el Sr. Fernandez Carlos José contra la demandada Daminato S.A., condenándola a pagar la suma de pesos que resulte de la liquidación definitiva a practicarse por Secretaría del Tribunal, conforme los parámetros indicados oportunamente, capital éste el que devengará intereses legales dispuestos, en concepto de salario días trabajados en el mes de septiembre 2016, SAC 2016, vacaciones no gozadas 2016, integración mes de despido, preaviso, e indemnización por despido, en el plazo de CINCO DIAS de quedar firme la liquidación a practicarse, en conformidad a lo dispuesto en la SEGUNDA CUESTION CON COSTAS A CARGO de la demandada DAMINATO S.A., según resulta de lo tratado en la TERCERA CUESTION; 3-) Rechazar la demanda articulada el Sr. FERNANDEZ CARLOS JOSE contra la demandada DAMINATO S.A., en concepto de la multa prevista por el art. 2 de la ley 25323, SAC sobre vacaciones, sobre integración del mes de despido y sobre preaviso, cuyo monto alcanza la suma de PESOS CUATROCIENTOS TREINTA Y UN MIL TRESCIENTOS CUARENTA Y CINCO CON 96/00 (\$ 431.345,96) con más sus intereses, en conformidad a lo resuelto en la Segunda Cuestión de esta sentencia. CON COSTAS EN EL ORDEN CAUSADO, en conformidad a lo dispuesto en la TERCERA CUESTION; 4-) Practíquese liquidación por la Secretaría del Tribunal de conformidad con las pautas detalladas al tratar la SEGUNDA Y TERCER CUESTION; 5-) Diferir la liquidación de honorarios y determinación de los gastos causídicos para la oportunidad de practicarse la liquidación ordenada en el resolutivo*

*precedente.REGISTRESE, COPIESE Y NOTIFIQUESE."*

3°) Imponer las costas en el orden causado. (art. 36 ap. V C.P.C.C.yT.).

4°) Regular los honorarios profesionales de los Dres. Roberto Occhipinti, Pablo Occhipinti y Julieta Vigari en forma conjunta, en el 13% o 10,4% o 7,8% de la base regulatoria actualizada que se establezca en la instancia de origen, y sobre lo que ha sido motivo de agravio, conforme dicha base se encuentre comprendida en los distintos supuestos del art. 2 de la ley 9131 (Arts. 2, 3, 15 y 31 de la ley 9131). Considérese el art. 16 de dicha norma.

Regular los honorarios profesionales de los Dres. María Paula Oviedo y Alejandro Von Katona, en forma conjunta, en el 13% ó 10,4% ó 7,8% de la base regulatoria actualizada que se establezca en la instancia de origen, y sobre lo que ha sido motivo de agravio, conforme dicha base se encuentre comprendida en los distintos supuestos del art. 2 de la ley 9131 (Arts. 2, 3, 15 y 31 de la ley 9131). Considérese el art. 16 de dicha norma.

Las regulaciones precedentes no incluyen el IVA, monto que -en su caso- deberá ser adicionado conforme a la subjetiva situación de los profesionales beneficiarios frente al citado tributo "(CS expte. 4120/200002 "Carinadu SA c/. Banco de la Provincia de Buenos Aires ", 02/03/2016).

**NOTIFIQUESE.**

DR. MARIO DANIEL ADARO  
Ministro

DR. JOSÉ V. VALERIO  
Ministro

DR. OMAR ALEJANDRO PALERMO  
Ministro