Acuerdo: En la ciudad de Cutral Co, Departamento Confluencia de la Provincia del Neuquén, a los veinticuatro (24) días del mes de julio del año dos mil dieciocho (2018), la Sala 2 de la Cámara Provincial de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral, de Minería y Familia con competencia en las II, III, IV y V Circunscripciones Judiciales, integrada con los señores Vocales, Dres. Alejandra Barroso y Dardo Walter Troncoso, con la intervención de la Secretaria de Cámara Subrogante, Dra. Emperatriz Vásquez, dicta sentencia en estos autos caratulados: **"MALLEA JORGE FABIAN C/ PECOM SERVICIOS ENERGIA S.A. Y OTRO S/ DESPIDO Y COBRO DE HABERES" (Expte. Nº 74.282, año 2,016),** del Registro del Juzgado de Primera Instancia N° 2, Civil, Comercial, Especial de Procesos Ejecutivos, Laboral y de Minería de la II Circunscripción Judicial con asiento en la ciudad de Cutral Co, en trámite ante la Oficina de Atención al Público y Gestión de Cutral Co dependiente de esta Cámara.

De acuerdo al orden de votos sorteado el **Dr. Dardo Walter Troncoso** dijo:

I.- A fs. 369/391 luce la sentencia definitiva de primera instancia del 12 de marzo del 2018 mediante la cual se hace lugar a la demanda interpuesta por el actor Sr. Jorge Fabián Mallea contra la demandada Pecom Servicios Energía SA, condenando a esta al pago de la suma allí consignada, en concepto de diferencias salariales e indemnizatorias y multa artículo 2 ley 25.323, con más intereses devengados.

Este pronunciamiento es recurrido por la parte demandada quien expresa agravios a fs. 393/398, los cuales no merecen respuesta alguna de la contraria.

II.- 1. **Agravios de la parte demandada**.

a) El recurrente argumenta que la jueza de grado incurre en error al interpretar que los traslados del reclamante son transitorios cuando el mismo podía volver a su residencia habitual en los periodos de descanso y se trataba de tareas permanentes, continuas y preestablecidas en el

yacimiento Puesto Hernández desde el inicio del contrato de trabajo.

Arguye que si la intención de los intervinientes en la creación de la CCT 637/11 hubiese sido la de otorgar el beneficio de desarraigo a trabajadores que atraviesan la situación del actor otra debió ser la redacción de los arts. 29 y 30, generándose una desigualdad frente al personal que ha sido desarraigado de su domicilio para ser trasladado durante la relación laboral.

Afirma que la decisión contraviene la prueba producida y la normativa convencional, no habiéndose acreditado el pernocte del accionante en el yacimiento y creando una obligación inexistente de otorgar puesto de trabajo en el lugar del domicilio del trabajador, máxime cuando la empresa desarrolla su principal actividad en los yacimientos petroleros.

Aduce que se liquidan diferencias salariales y se incrementa la base de cálculo de la indemnización por antigüedad y preaviso, en virtud del adicional por desarraigo del 20%, suponiendo que el reclamante pernoctaba en el yacimiento sin advertir que esta circunstancia no se encuentra probada en autos. Precisa que se trataba de un hecho controvertido ante la expresa negativa formulada por su parte, habiéndose producido únicamente la prueba pericial contable.

b) Asevera que no se ha tenido en cuenta el tope del artículo 245 de la LCT cuando es una manda legal que debe aplicar el juez directamente y el mismo no consiste en un elemento a probar, apartándose de la legislación aplicable y omitiendo las facultades judiciales para mejor proveer.

c) Denuncia que se otorga la multa del art. 2 de la ley 25.323 sin que ello haya sido reclamado por el actor, violando el principio de congruencia y el derecho de debida defensa, lo que torna nula la sentencia en esa parte.-

Reserva el caso federal y solicita se revoque el fallo recurrido, rechazando la demanda en todas sus partes con costas.-

2. **Sentencia de primera instancia**.

La sentenciante en forma preliminar da cuenta de los hechos reconocidos, puntualizando que no se ha negado expresamente que el actor pernoctara siete días en el yacimiento y describe los arts. 29 y 30 de la CCT637/11, afirmando que debe partirse de la premisa de que el trabajador presta servicios en el mismo lugar en que reside, pudiéndose producir un traslado, el que puede ser permanente o transitorio, el primero es el caso en que se traslada junto al grupo familiar y el segundo sin el grupo familiar, correspondiendo el pago del adicional por desarraigo, cuyo porcentaje depende del lugar donde pernocte.

Considera de aplicación la norma al demandante por cuanto trabaja en un lugar distinto al de su residencia desde el inicio del contrato de trabajo, más allá de que el traslado no es transitorio según lo prescripto en la norma, estando previsto el adicional para el traslado temporal, con más razón cuando en forma permanente el trabajador se encuentra alejado de su hogar por quince días con pernocte en el yacimiento, situación que se mantuvo por más de nueve años.

Liquida diferencias salariales por adicional por desarraigo desde agosto 2014 a julio 2015 y diferencias en la liquidación final por el mismo motivo, no aplicando el tope del art. 245 de la LCT atento no haber sido probado por la interesada y lo informado por el perito contador en cuanto a la inexistencia de su publicación oficial. Adiciona la multa por reticencia dando cuenta de la intimación formal en tal sentido.

III.- Análisis de los agravios vertidos.

1. En principio, corresponde evaluar los requisitos de admisibilidad en los términos del artículo 265 del CPCC. En

tal sentido se puede observar que se cumplen los recaudos formales de admisibilidad. Digo ello con un criterio amplio y flexible en procura de la apertura de la revisión perseguida, conciliando las prescripciones legales con el derecho de defensa en juicio, en el marco del principio de congruencia y las facultades propias de este tribunal.

2. De las constancias de autos surge que el actor denuncia en el escrito de demanda que realizaba siete días de labor por siete de descanso, residiendo en el equipo a su cargo y que siempre prestó servicios en el Yacimiento Puesto Hernandez(fs. 37 vta.), reclama sin mayores fundamentos el adicional por desarraigo, se trata de un supervisor de 9 años de antigüedad(fs. 5 y ss.); por su parte, la demandada en el responde niega que el jerárquico residiera en el yacimiento(fs. 253 vta.), precisa que eran operaciones permanentes excluidas por CCT y pactadas expresamente con el trabajador al momento del contrato de trabajo.

Efectivamente, la única prueba producida en autos ha sido la pericia contable (fs. 348/352, 357/358 y 359/361).

3. El CCT 637/11 prevé expresamente: “CAPITULO V - Traslados, Traslado permanente, Art. 29 – Entiéndase por traslado permanente de personal, la transferencia de un trabajador, por razones operativas de la empresa, de una localidad a otra con asentamiento de su domicilio y del grupo familiar en el nuevo destino. En este supuesto, la empresa acordará con el trabajador transferido las condiciones del mismo, pudiendo el interesado darle intervención al sindicato. Atento a que esta situación produce un desarraigo familiar, en todos los casos el trabajador podrá redefinir con la empresa su condición.

Traslado transitorio, Art. 30 – Cuando una empresa disponga la asignación transitoria del personal comprendido en el presente convenio colectivo de trabajo –sin asentamiento de su grupo familiar en el nuevo destino– y quede afectado

durante ese período a los diagramas de trabajo de su nuevo destino y el mismo no obedezca a la realización de una o más operaciones preestablecidas y permanentes se entenderá que es un traslado transitorio. En tal supuesto se acuerda que las empresas por el tiempo que dure el traslado transitorio cumplimentarán lo siguiente: a) Proveerán alojamiento. b) Proveerán desayuno, almuerzo, merienda y cena o reintegrarán los gastos según lo dispuesto en arts. 34, 34 bis y 34 ter del presente convenio colectivo de trabajo en los mismos términos, condiciones y exenciones ya establecidas. c) Asimismo, se harán cargo de la totalidad de los gastos que origine el retorno del trabajador a su lugar de origen, salvo casos excepcionalmente consensuados. d) Las situaciones de traslado transitorio preexistentes deberán adecuarse al presente artículo a partir de la vigencia de este convenio colectivo de trabajo. e) Para los trabajadores que, interrumpidamente, se encuentren en situación de desarraigo, se les abonará este adicional de manera proporcional. f) Abonarán durante el lapso que el personal se encuentre afectado a estas condiciones un adicional por desarraigo que se calculará sobre las remuneraciones totales brutas, normales y habituales remunerativas, según se trate de: a) Diez por ciento (10%) en caso de pernocte en alguna localidad. b) Veinte por ciento (20%) en caso de pernocte en yacimiento. c) En el supuesto en que el traslado transitorio se dé fuera del territorio de la República Argentina las empresas acordarán con el trabajador transferido los términos y condiciones del mismo, pudiendo el interesado darle intervención al sindicato. Previo acuerdo con el sindicato, el adicional aquí establecido absorberá hasta su concurrencia cualquier concepto que vinieran percibiendo los trabajadores con motivo de lo aquí establecido.”(Cfr. arts. 14 bis de la Const. Nac.; 38 inc. e de la Const. Prov.; 103 y ss. de la L.C.T.; 377 y 386 del C.P.C.C.).

4. El recurrente en forma clara argumenta que el lugar de trabajo fue preestablecido al momento de contratar al actor, por lo cual no encuadra en los supuestos previstos en el convenio colectivo, en particular, en el traslado transitorio por el cual se reclama el adicional de desarraigo. A ello, nada dijo la parte actora, omitiendo dar respuesta a los agravios vertidos.

Ciertamente, resulta reconocido por ambas partes que el trabajador fue contratado para laborar en Puesto Hernandez, donde se desempeñó durante los nueve años de relación, por el contrario, es hecho controvertido donde pernoctaba, ya que el actor dijo que lo hacía en el yacimiento y ello fue desconocido por la demandada, no realizándose prueba alguna al respecto.

La normativa transcripta es clara en cuanto a la previsión de los traslados permanentes y transitorios a iniciativa de la empleadora, por razones operativas de la empresa, estableciendo las obligaciones patronales en consecuencia, y diferenciándose uno de otro según se movilice al operario con o sin el grupo familiar. Más queda explicito que siempre el traslado obedece a una iniciativa de la empresa posterior a su contratación.

En el caso particular, el actor fue contratado desde un inicio para trabajar en el yacimiento mencionado, tal lo reconoce el demandante, siempre trabajó en el mismo lugar, es decir, que nunca hubo traslado a iniciativa de la empresa. De manera que el supuesto fáctico no encuadra en ninguna de las hipótesis contempladas en la convención, traslado permanente o provisorio, mucho menos este último, que genera justamente el adicional por desarraigo. La actividad desarrollada por el personal jerárquico de que se trata obedecía a la realización de operaciones preestablecidas y permanentes, expresamente excluidas por la norma transcripta supra.

La jurisprudencia se ha expedido al respecto en igual sentido: “La previsión convencional prevista por el art.32 de la CCT 97 - bonificación por desarraigo - tiende a compensar el alejamiento “temporario” del trabajador del lugar donde tiene asentado su domicilio, y no comprende a aquellos que desde “ab initio” fueron contratados para prestar servicios fuera del ámbito de su lugar de residencia. No ha habido, en tal supuesto, ejercicio del ius variandi por parte del empleador, sino una mera relocalización del lugar de trabajo, que desde el inicio no coincidía con su domicilio real” (“Zalazar Jose Marcelino contra Coninsa S.A. s/cobro de haberes” (Expte. EXP Nº 288131/2), CApNqn, sala I, Dr. García, sen. 4 de mayo de 2006, jusneuquen.gov.ar).

“En punto al “plus por desarraigo”, que motiva agravio del actor, también corresponde coincidir con la A quo en que el ítem convencional procede cuando el traslado del trabajador ha sido dispuesto por el empleador en ejercicio del “ius variandi” y no cuando el invocado “desarraigo” se ha originado en la decisión autónoma del trabajador al ponerse a disposición del empleador en el lugar en que fue convocado. Tal hermenéutica, correctamente desarrollada por la jueza de grado, no importa discriminación ni demérito alguno respecto de los derechos del trabajador, en tanto que la interpretación que promueve el apelante llevaría a las empresas a privilegiar a los postulantes ya residentes en el lugar de trabajo por sobre quienes se encontrasen a la sazón radicados en otras localidades, temperamento que sí conformaría una injusta discriminación.” (“Soto Jorge Daniel c/ Kenting Drilling Argentina S.A. y otro s/indemnizacion” (Expte.Nº1261-CA-3), CApNqn, sala I, Dr. García, sen. 18 de diciembre de 2003).

“Resulta improcedente el reclamo del adicional por desarraigo previsto en el art. 33 del CCT N° 299/98, si las tareas del trabajador fueron desempeñadas desde el inicio en una localidad distinta a aquélla en la que tiene su domicilio

real, pues no se configura el requisito de alejamiento temporario.” (“Campos Jorge Alberto c/ Coninsa S.A. y otro s/ despido”, (Expte. Nº 294329/3), CApNqn, sala III, Dr. Ghisini, sen. 11 de agosto de 2009).

De conformidad a lo sentado, se puede concluir que no correspondía pagar el adicional por desarraigo al reclamante, en consecuencia, deberá acogerse la queja formulada, dejando sin efecto la condena por diferencias salariales e indemnizatorias originadas en el mencionado complemento, tal fuera el reclamo.

5. Deviene abstracta la cuestión sobre el tope del art. 245 de la LCT y llega firme la desestimación de los feriados pretendidos, por lo demás, la multa del art. 2 de la ley 25.323, efectivamente no fue reclamada(fs. 41 vta. y 42), más allá de que no corresponde ante la falta de diferencias indemnizatorias.

IV.- Por las razones expuestas, he de proponer al acuerdo se haga lugar al recurso interpuesto por la demandada, revocando el fallo recurrido, y rechazando la demanda en todas su partes, con costas en ambas instancias a cargo de la actora perdidosa conforme arts. 17 de la ley 921 y 68 del CPCC, difiriéndose la regulación de honorarios para el momento procesal oportuno (art. 15 y 20 ley 1594, mod. por ley 2933).

Tal mi voto.

A su turno la **Dra. Alejandra Barroso,** dijo:

Por compartir la solución y los fundamentos expuestos por el vocal que me precede en orden de votación adhiero a dicho voto.

Así voto.

Por lo expuesto, constancias de autos, de conformidad con la doctrina y jurisprudencia citadas y la legislación aplicable, esta Sala 2 de la Cámara Provincial de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral, de Minería y

Familia, con competencia en las II, III, IV y V Circunscripciones Judiciales

RESUELVE:

I.- Hacer lugar al recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de fecha 12 de Marzo de 2018 obrante a fs. 369/391 y en consecuencia revocar la misma en lo que ha sido motivos de agravios para la recurrente, rechazando la demanda en todas sus partes.

II.- Imponer la costas de ambas instancias a la parte actora en su carácter de perdidosa (arts. 17 y 54 ley 921 y art. 68 del CPCC).

III.- Diferir la regulación de honorarios profesionales para el momento en que se encuentren establecida la base regulatoria y determinados los emolumentos de la instancia de origen, (art. 15 de la LA).

IV.- PROTOCOLÍCESE DIGITALMENTE (TSJ AC. 5416, PTO. 18). NOTIFÍQUESE ELECTRÓNICAMENTE y, oportunamente, remítanse los autos al Juzgado de origen.

Dra. Alejandra Barroso
Jueza de Cámara

Dr. Dardo Walter Troncoso
Juez de Cámara

Dra. Emperatriz Vásquez
Secretaria de Cámara subrogante

Se deja constancia que el presente Acuerdo ha sido firmado digitalmente por los Dres. Alejandra Barroso, Dardo Walter Troncoso, y la suscripta, conforme se desprende de autos y en el sistema informático Dextra. Asimismo se protocolizó conforme lo ordenado. CONSTE.

Dra. Emperatriz Vásquez
Secretaria de Cámara subrogante

En de julio de 2018 se dio cumplimiento con las notificaciones electrónicas ordenadas. CONSTE.

Dra. Emperatriz Vásquez
Secretaria de Cámara subrogante