En la ciudad de Puerto Madryn, a los días de marzo del año dos mil doce, se reúne la Excma. de la Cámara de Apelaciones, con la Presidencia del Dr. Mario Luis VIVAS y la asistencia de los Sres. Jueces de Cámara María Inés de VILLAFAÑE y Heraldo Enrique FIORDELISI, para celebrar acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **"R., C. V. c/ O. D. s/ COBRO DE PESOS- LABORAL (Expte. Nº 294 Año 2011)** venidos del Juzgado Laboral Nº 2 (Expte. Nº 456/2009), en apelación. Los Sres. Magistrados resolvieron plantear las siguientes cuestiones: **PRIMERA:** ¿es justa la sentencia apelada?; **SEGUNDA:** ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar? y expedirse en orden al sorteo practicado a fs.170.

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

1.

La sentencia de primera instancia hizo lugar a la demanda incoada por el Sr. C. V. R. y condenó al Sr. D. A. O. a abonarle dentro del plazo de cinco (05) días y mediante depósito judicial la suma de pesos cincuenta mil trescientos treinta y tres ($ 50.333) con más intereses. Impuso las costas procesales a la parte demandada y reguló los honorarios de los profesionales que intervinieron en el pleito.

Para así decidir tuvo por acreditado el vínculo laboral entre las partes, esto es que R. se desempeñó como conductor no titular del vehículo Chevrolet Corsa Dominio XXX *** afectado al uso de remis en la Parada "T.", desde diciembre de 2008 hasta mayo de 2009, cumpliendo una jornada de trabajo que se extendía desde las 18 horas hasta las seis de a mañana y que la relación laboral no fue registrada. Consideró la prueba de absolución de posiciones y las testimoniales rendidas y a los fines de establecer las indemnizaciones derivadas del despido indirecto, tuvo en cuenta la pericial

contable. Admitió los siguientes rubros: la suma de $ 3.522,25 ($ 704,45 por mes-) por las diferencias salariales entre diciembre de 2008 a mayo de 2009; la suma de $3.141,56, por la indemnización por antigüedad; la indemnización sustitutiva de preaviso por $3.141,56; SAC s/Preaviso $261,80; por Integración del mes de despido; $119,60, SAC/Mes de integración $9,97; Vacaciones no gozadas $879,64; SAC s/Vacaciones no gozadas $73,30; SAC Proporcional $1.570,78. Por su lado admitió la multa por $9.424,68 (art. 80 LCT); horas extras impagas, a razón de 4 horas extras por día, por la suma de $8.040,68; las asignaciones familiares por un importe de $ 3.654 que se corresponden a seis meses y por tres hijos y las multas, previstas en los arts.8 ($3.926,95) y 15 ($ 12.566,23). Progresa la demanda por la suma de $ 50.333.

La sentencia fue apelada a fs.147 y se agregó el memorial de agravios a fs.155/158. La réplica de los agravios obra a fs.160 / 163.

2.

Los agravios de la demandada.

Luego de criticar la sentencia desde lo injusto del monto y dictada sobre presunciones desmedidas, basa su crítica en: a) el encuadramiento legal y su incidencia en el monto de la remuneración y horas extras y b) las diferencias salariales.

Para el primer agravio sostiene que la magistrada se abstiene de aplicar el convenio colectivo denunciado por la actora pero nada dice a favor del denunciado por su parte Nº 436/06 de aplicación en todo el país; que ello hizo que la señora jueza aplique presunciones libres respecto de los ingresos mensuales del actor; que al liquidar el salario pretendido lo hace por montos superiores al del CCT 130/75; que no es serio presumir que la remuneración del actor sea de $ 3.141,56 mensual y que si el perito la tomó es porque liquidó conforme lo pedido y señalado por la parte al demandar.

Luego de admitir que el trabajo del actor no fue registrado, señala que el convenio aplicable indica que la remuneración será del 30% de la recaudación diaria, que se permite la jornada extendida de doce horas sin liquidación de horas extras, que las rendiciones de cuentas las hace el chofer diariamente y el porcentaje es retenido por el trabajador al tiempo de la rendición. Y que de tal modalidad han dado cuenta los testigos U. P. B. y C. M. Sigue diciendo que sobre la base del principio de supremacía de la realidad debió decirse que si el piso es el salario mínimo vital y móvil ($1240), el techo el 30 % de los ingresos (toma el de P. B.) hace un ingreso bruto mensual de $ 7.800 al que le aplica el 30 %, quedando como ingreso $ 2.340 mensuales, proponiendo como ingreso para R. y por todo concepto la suma de $ 1.700.

Agrega que al no encuadrar la vinculación en el CCT 436/06, se han admitido las horas extras cuando en realidad el convenio referido admite la jornada extendida de doce horas sin reconocimiento de las horas extraordinarias.

b) En cuanto al agravio por las diferencias salariales señala que la modalidad de rendición de la recaudación diaria y el derecho a retener el porcentaje remunerativo por parte del chofer impiden que se reconozca el rubro, pues es contrario a toda lógica que pueda haber sufrido diferencias durante todo el vínculo. Agrega que el planteo del actor es contradictorio y que la señora jueza no analiza seriamente el rubro pues admite la suma $ 704,45, sin mayor fundamentación.

No cuestiona la sentencia en cuanto a la fecha de ingreso y egreso y sobre la base salarial que propone, solicita se adecue la sentencia a parámetros razonabilidad.

En la réplica y por sus argumentos, la parte actora propugna se declara la deserción del recurso.

3. 1)

El encuadre convencional

Ingresaré al tratamiento del primer agravio, señalando que el derecho de las asociaciones sindicales, de celebrar convenciones colectivas de trabajo, tiene, en nuestro ordenamiento jurídico, una jerarquía constitucional doblemente establecida por los arts. 14 bis y 75, inc.22, de la Constitución Nacional.

Dichos convenios constituyen una fuente autónoma de creación de normas, que reconoce un carácter contractual primitivo, pues nace de la voluntad privada de los representantes de los trabajadores y empleadores. Pero, se particulariza por la intervención del Estado en su aprobación a través de la homologación, una vez realizados los controles de legalidad (que no se encuentre en conflicto o viole normas de naturaleza superior como la Constitución Nacional, los Tratados Internacionales de rango constitucional y las normas de orden público) y de oportunidad (que no afecte el bien común). (v. CAPM SDL Nº 36 /10)

A partir de dicha conformidad estatal y posterior publicación, las convenciones adquieren el carácter normativo y obligatorio general o *erga omnes*. Es decir, que su eficacia y alcance se extienden más allá de las partes firmantes (arts. 4º y 5º Ley 14.250). Su aplicación será generalizada y abstracta a un determinado sector de las relaciones de trabajo subordinado.

Para establecer el referido sector de relaciones alcanzadas, y así fijar el ámbito de validez personal del convenio, resulta necesario determinar las personas facultadas para intervenir en su concertación. Sobre el particular, los arts. 1 y 2 de la Ley 14.250 precisan que el sector obrero deberá ser representado por una asociación profesional de trabajadores con personería gremial (art. 31, inc. c), Ley 23.551) en el ámbito de actuación del grupo empresario. Mientras que la parte patronal deberá ser representada por una

asociación profesional de empleadores, un empleador o un grupo de empleadores.

Ello así, con prescindencia de que, en los hechos, los sujetos comprendidos hubieren prestado su conformidad o hubiesen integrado como afiliados la asociación sindical negociadora en el caso de los trabajadores, -o las cámaras u organizaciones que ejercieren la representación en el supuesto de las empresas-.

Por tanto, para precisar el ámbito de validez del convenio será importante relevar la capacidad representativa de quienes lo hayan firmado.

A su vez, el ámbito de los sujetos alcanzados por su eficacia general *erga omnes* lo determinan sus propios signatarios, en ejercicio de la autonomía colectiva, al circunscribir su vigencia a un determinado tiempo y territorio, en consideración a la actividad del establecimiento u oficio del trabajador, o al exclusivo ámbito de una empresa determinada.

En virtud de ello, la doctrina los ha clasificado en distintos tipos: a) convenios verticales o de actividad, en los cuales se comprenden a la totalidad de los trabajadores de determinada actividad o industria, de acuerdo al escalafón convencional; b) convenios horizontales, que engloban a los trabajadores de un mismo oficio, arte o profesión, con independencia del establecimiento donde desarrollen su actividad; y c) convenios de empresa, los que son celebrados entre un sindicato y una empresa, a fin de que produzcan efectos exclusivamente en el ámbito físico de su establecimiento, sin que puedan ser trasladados a otros de la misma industria o actividad.

Bajo tales parámetros deberá discernirse cuál de las invocadas por las partes es la convención colectiva de trabajo aplicable.

Para cumplir dicho objetivo, deberá atenderse al texto de ellas y al marco fáctico consolidado en la instancia de grado. Respecto de éste, dable es destacar que ha quedado debidamente demostrado, mediante el

correspondiente informe de la Autoridad de Aplicación -Secretaría de Trabajo- que no obra en dicha sede convenio colectivo que rija la activad de los choferes de remis, y la parte ha referenciado en su contestación de demanda al CCT 67/89 que rige la actividad de los taxistas y luego al motivar el recurso refiere al 436/06. Por su lado la actora ha referido la aplicación del CCT 130/75.

La lectura detallada de este último me permite concluir que no considera, de ninguna manera, el oficio o profesión del accionante. Tampoco incluye a la actividad de la demandada, sin que esta conclusión pudiera conmoverse por la referencia en torno al fin de lucro que persigue. Puesto que la generalidad, bastedad y ambigüedad del concepto -actividades con fines de lucro-, no alcanza por sí sola para entenderla incluida. Un razonamiento que tan solo hiciera hincapié en este aspecto llevaría a pensar que pocas actividades no se encontrarían alcanzadas por el convenio de comercio, lo que resulta inaceptable. Del análisis de los artículos 1º y 2º del CCT 130/75 concluyo que sus disposiciones no son aplicables al sub examine dado que no se advierte que de las partes signatarias del convenio colectivo de trabajo hayan participado representantes de los trabajadores ni de los empleadores cuya actividad fuera la de remises.

En cuanto al convenio colectivo alegado por la demandada y que abarca a los peones de taxi, entre las partes signatarias del convenio, no se encuentran las representaciones sindicales y empresarias de la actividad de remises, por lo que ello obsta al encuadre convencional que se pretende, agregando que estaba a cargo de la demandada invocante, probar este extremo.

Señalo que si bien es cierto que el principio *iura novit curia* supone el conocimiento por parte del Juez del convenio colectivo de trabajo aplicable, con la simple individualización por parte de quien pretende su aplicación,

la invocación de la norma convencional no libera al actor de probar el fundamento de su pretensión.

Por otro lado, doctrinariamente se ha considerado que *"La convención colectiva debe ser negociada y firmada por representantes de las partes, quienes deben acreditar su personería por medio de los estatutos, resoluciones de asambleas u órganos directivos, resoluciones o certificaciones de la autoridad de aplicación, poderes convencionales u otros medios idóneos, esta acreditación es el presupuesto formal que condiciona el ámbito material, funcional o personal de aplicación del convenio colectivo que han de ser definidos por la voluntad de las partes en el marco de su respectiva aptitud representativa"* (ETALA, Carlos Eduardo "Derecho colectivo del Trabajo, Ed. Astrea 2.001, pág. 140).

A diferencia del encuadramiento sindical, el encuadramiento convencional es una tarea que compete al juez que interviene en la dilucidación de un conflicto individual o interindividual (CNTrab. Sala III 27.3.1991 "Sindicato de Mecánicos y Afines del Transporte Automotor DT 1991-B 2215 DJ 1992-1-492). También se ha dicho que *"Para resolver el encuadre convencional corresponde determinar si la relación de trabajo respecto de la cual se plantea el problema corresponde al ámbito de aplicación del acuerdo concertado entre la asociación de trabajadores que ejerce la representación de los intereses colectivos del sector y el patronal que investía la del empleador. El ámbito de aplicación personal de los convenios colectivos está dado por la representatividad de los respectivos firmantes; ningún empleador queda obligado por el convenio si no intervino en éste por el sector patronal una asociación profesional o al menos un grupo de empleadores de la actividad* (CNTrab. Sala V 30.3.90 Bustos Carlos c/ Surrey S.A. DT 1990-A. pág. 1201).

Concluyo en que, para el caso que nos ocupa, no existe un convenio colectivo que resulte aplicable, pues insistiré, el firmado para los peones de taxímetros no rige para los conductores de "remis" por tratarse ésta de una actividad distinta a la de taxi y no ser signatarios los permisionarios de

Remis ni los conductores de ellos, de la mentada convención. En definitiva, considero que en el pleito traído a consideración de este Tribunal, ante la ausencia de convenio colectivo de trabajo aplicable al supuesto de autos, debe resolverse, en función de la LCT.

3.2)

Las diferencias salariales.

La señora jueza luego, de señalar que no compartía el encuadre laboral de R. en el CCT 130/75, en uso de las facultades que le brindan los art. 56 y 114 de la LCT, admitió como justa y razonable la base salarial expresada en el informe pericial de fs.111/114, que no es otra que la escala salarial prevista en el convenio colectivo de los empleados de comercio.

La falta de impugnación del referido informe no autoriza *per se* a darle pleno valor probatorio, desde que la negativa al encuadre convencional propugnado por la actora fue resistido al contestar demanda y ello debió ser advertido en la anterior instancia.

Si bien el art. 55 de la LCT crea una presunción a favor de las afirmaciones del trabajador y los arts. 56 y 114 de la LCT facultan a los magistrados a fijar el importe del crédito que se trata, esto debe hacerse por decisorio fundado y siempre que su existencia esté legalmente comprobada.

Los artículos 8 apartado B) y 9 del CCT Nro. 130/75 incluyen la categoría de chofer como personal auxiliar especializado y ello así por cuanto ambas normas legales se refieren a choferes de corta y larga distancia de vehículos automotores de cualquier tipo afectados al reparto, transporte y/o tareas propias del establecimiento, que es un supuesto distinto y que se refiere a bienes que hacen al giro de la empresa y/o su transporte con utilización de medios mecánicos. Y en este sentido se ha dicho que *"Para receptar una tarea en una determinada categoría se debe partir de la realidad, describiendo las tareas realizadas y comparándolas con el modelo descrito en los convenios colectivos, ya*

que el voluntarismo subjetivo es ajeno al tema" (CNTrab. Sala VI 25.2.98 "Segovia Ernesto c/ Modern Plastic S.A. DT 1998-B-1473).

Como ya señalara antes, por imperio de lo dispuesto por el art. 16 de la LCT, tengo vedado la aplicación extensiva o analógica del CCT para peones de taxi, a una actividad no contemplada.

Esto, en relación con el planteo esgrimido por el quejoso, respecto al cálculo que propone para llegar a la base remuneratoria y que no resultará atendible, desde que -al no haberlo llevado a conocimiento del a quo-, importa un argumento articulado extemporáneamente ante esta sede, frente al resultado adverso de su pretensión y que en definitiva, constituye fruto de una reflexión tardía (SCBA causa L. 93.723, sent. del 2-VII-2008).

Al no existir escala salarial propia, estando controvertida la remuneración y resultando la prueba a su respecto insuficiente (recuérdese que el actor asumió como remuneración pactada la de $ 1.000 v. fs 13 vta. y confesional de fs.53 y que el informe de fs.82 refiere a *"acuerdo de partes"*), y ejerciendo la facultad que otorga el art. 56 de la LCT, se impone considerar al SMVM vigente a la época en que se desarrolló la relación como mínimo inderogable ($ 1240 más 20 % zona = $ 1.488), esto también por cuanto ha sido la propia actora quien introdujo dicho extremo a la litis (v fs.13) y no ha sido rebatido por la demandada.

Sobre esa base remunerativa deberá, en la etapa de ejecución de sentencia, efectuarse la liquidación integrada por las diferencias salariales para el período trabajado, los rubros indemnizatorios derivados del despido indirecto y las multas aplicadas, ítems estos últimos, que llegan firmes a esta instancia.

En cuanto a las horas extras, la inaplicabilidad del convenio que propone la demandada, torna ajustado a derecho el reconocimiento de las mismas, desde que ambas partes han sido contestes en admitir una jornada diaria de 12 hs., por lo que deberá efectuarse el cálculo considerando la cantidad de

horas admitidas en la sentencia y sobre el salario que propongo se admita en este voto.

Lo resuelto respecto al reconocimiento de las asignaciones familiares por tres hijos, llega también firme a esta instancia, por lo que deberán liquidarse conforme los montos determinados por la ANSES, para los períodos reconocidos en la sentencia de grado.

4.

Concluyo mi voto proponiendo al Acuerdo la desestimación del encuadre convencional propuesto por la demandada y la revocación del fallo venido en apelación, en cuanto a la determinación de la base remuneratoria sobre la cual deberán liquidarse los rubros acogidos en la sentencia. Lo propuesto no amerita la modificación de las costas impuestas en la anterior instancia pues no quita a la demandada su condición de vencida que debe soportar las costas (art. 57 de la Ley XIV Nº 1), ni los honorarios pues fijados los emolumentos profesionales en alícuotas porcentuales, su ajuste al nuevo monto de condena operará automático.

5.

El resultado de la apelación donde prosperan parcialmente los agravios determina en esta segunda instancia un vencimiento parcial y mutuo que autoriza a distribuir las costas en el orden causado (art 72 CPCC). Los honorarios de los letrados Ab. R. P., D. G. L. y B. M., por sus tareas de alzada y atendiendo a la extensión, calidad y resultado de ellas, propongo regularlos, para cada uno de ellos, en el 12,5%, 12,5 % y 25% respectivamente de los que les fueran determinados en la instancia anterior (art. 5 y 13 Ley XIII N° 4 y su mod).

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

A LA PRIMERA CUESTION, el Sr. Juez de Cámara Dr. Heraldo Enrique Fiordelisi dijo:

En el voto precedente la Dra. María Inés de Villafañe ha hecho una reseña completa de los antecedentes del caso, de los fundamentos del fallo apelado y de los motivos de agravios expresados por la parte apelante, por lo que no resultará necesario abundar acerca de dichos aspectos. En consecuencia, en los apartados siguientes abordaré directamente las cuestiones planteadas por la demandada.

1) Tratamiento de los agravios de la parte demandada.

1.1) El encuadramiento convencional.

La primera cuestión planteada como agravio por el recurrente está referido al "encuadramiento convencional" de la relación entablada entre las partes de este proceso. Conforme surge de las constancias aquí obrantes, la parte actora pretende la aplicación a la relación de la normativa que contiene el CCT 130/75 (Empleados de Comercio), mientras que la demandada sostiene que deben aplicarse las pautas que determina el CCT 67/89 (Taxistas), mencionando en la expresión de agravios al CCT 436/06.

Se entiende por *"encuadramiento convencional"* la decisión emanada -de la autoridad administrativa o judicial- en virtud de la cual se resuelve declarar aplicable a una relación o a una pluralidad de relaciones del trabajo un determinado convenio colectivo de trabajo, se trata de establecer si un grupo de trabajadores está comprendido o no dentro de un convenio colectivo, resolviéndose este último en función de las partes que han intervenido en la concertación.

O sea, consiste en establecer cuál es la convención colectiva de trabajo aplicable a un determinado sector o grupo de trabajadores y de allí que la "cuestión" de encuadramiento convencional consista en la controversia que

se suscita en cuanto a la aplicabilidad o no a una relación laboral o a una pluralidad de ellas, de una determinada convención colectiva de trabajo (conf. CORTE, N. (1994), "El modelo sindical argentino", Rubinzal-Culzoni, 2ª ed. Sta. Fe, p. 544).

No existen mayores divergencias en cuanto a que, por tratarse de un típico conflicto individual (o plurindividual) de derecho, el encuadre convencional debe resolverse por medio del Poder judicial y en una controversia individual o plurindividual entre trabajadores y empleadores o entre éstos y una asociación profesional con personería gremial.

Carlos Etala distingue el llamado *"encuadramiento legal"* tarea que consiste en discernir que estatuto legal corresponde aplicar a una relación laboral. Este encuadre legal -cuestión de derecho individual del trabajo- es competencia de los jueces del trabajo, quienes son los encargados de determinar ante una controversia individual o plurindividual de derecho planteada judicialmente, si a una cierta vinculación debe aplicarse por ejemplo la LCT o un estatuto especial.

Ya se ha dicho, que no existe duda alguna que cuando la cuestión de *"encuadramiento convencional"* se plantea judicialmente como controversia individual o plurindividual de derecho, las leyes procesales atribuyen su dilucidación a la competencia de los jueces del trabajo (conf. de DIEGO, N.G., "Encuadramiento convencional. Trabajadores de un call center", LLC 2011 (febrero), 21).

No es superfluo destacar las diferencias con el encuadramiento sindical, el cual no es un conflicto individual o plurindividual, sino que, por el contrario, es de naturaleza colectiva. Se trata de una disputa de representatividad y consiste en la determinación de cuál es la asociación profesional de trabajadores apta para representar a un cierto grupo, sector o categoría de trabajadores (conf. CORTE, N., ob. cit.; SCOTTI, H.J., "El encuadramiento sindical en nuestra legislación" en "Estudios de Derecho

Individual y Colectivo del Trabajo" del Colegio de Abog. de San Isidro en homenaje a los 30 años del Instituto de D. del Trabajo).

Las partes involucradas son diferentes en uno y otro tipo de encuadramiento: mientras en el convencional son: un trabajador (o un grupo de ellos) o una asociación profesional de trabajadores y un empleador, y el objeto de la contienda es determinar cuál es el CCT aplicable en la relación laboral existente entre ambos, en el sindical, los sujetos involucrados son dos entes colectivos: asociaciones profesionales con personería gremial, y el fin es determinar cuál de los dos tiene aptitud para representar los intereses de un determinado sector (conf. SCOTTI, H.J. y DUBRA, D., "Algunas reflexiones acerca del encuadramiento convencional a propósito de un fallo de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo", DT 2010 (octubre), 2635).

Podemos decir que el criterio a seguir a la hora de resolver una contienda de encuadramiento convencional es el siguiente: cuando quienes se encuentran en pugna son dos convenciones colectivas de trabajo "de actividad" u "horizontales", lo que cabe es compulsar el ámbito de aplicación personal de los CCT pugnados, el cual está dado por la representatividad de los respectivos firmantes.

Y ello es así, por cuanto ningún empleador no afiliado puede quedar obligado por un CCT, si no intervino en la negociación del mismo como integrante del sector patronal, ya sea por estar afiliado a una asociación profesional empresaria o por al menos un grupo representativo de empleadores de la actividad (conf. CNATrab., Sala I, 17/01/2000, "Fed. Empresarios de Transp. De Pasajeros de Córdoba c/ Est.Nacional y Otro" y otros citado por Julio Caballero y Jorge E. Pico en Asociaciones Sindicales de Empleadores, "Tratado de Derecho del Trabajo" dirig. Por Mario E. Ackerman (2007), T. VII, Rubinzal-Culzoni, Sta. Fe). Tal es, por otra parte, lo que se desprende del art. 16 de la Ley 14.250 (reformada por la Ley

25.877), según el cual: “Los convenios colectivos tendrán los siguientes ámbitos personales y territoriales conforme a lo que las partes acuerden dentro de su capacidad representativa…”.

Debe recordarse, por otra parte, un viejo plenario de la CNAT (Nº 74) que declaró inválida una resolución de la autoridad administrativa del trabajo por la cual se imponía como obligatorio un CCT a un sector pese a que la Cámara que había intervenido en la negociación se había negado a suscribir y acordar (CNAT, Plenario N° 74, “Fed. de Obreros y Empleados de la Industria del Papel, Cartón, Químicos y afines c/ Cartopel SRL”, LL 103-575, DT 1961-583 y JA 1961 V-250) (SCOTTI y DUBRA, ob. cit.).

En este sentido, la jurisprudencia es mayoritaria en declarar que: *“El ámbito de aplicación de los convenios colectivos se encuentra dado… por la representatividad de los respectivos firmantes… y de allí que… no puede quedar obligado por el convenio un empleador si no intervino en el mismo en representación del sector patronal, una asociación patronal o al menos, un grupo de empleadores de dicha actividad”* (CNATrab., Sala VI, 08/06/09; ídem, Sala I, 13/07/99; ídem, Sala X, 29/06/99). Como vemos no basta con verificar la representación del sector gremial sino que también debe analizarse la que le corresponde a la parte empresaria (conf. SCOTTI-DUBRA, ob. cit.).

Han sostenido reiteradamente las diversas salas de la Excma. Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo que no puede resultar aplicable a las relaciones de la demandada con su personal un convenio colectivo que no suscribió y en cuya celebración no estuvo representada (conf. CNAT, Sala III, 31/10/86, Sent. 53.359 “Busso c/ Vialco S.A.”; Sala VI, 27/10/80, “Odear c/ Construct. Salto Grande S.A.”, TySS 1981, p.24; Sala V, 30/12/87, Sent. 40.516 “Landaburo c/ Amadeo Quiroga Transp. S.A.”, entre otros).

Con lo hasta aquí dicho queda en claro que no es posible aplicar un CCT a las relaciones de la empleadora con su personal, si la misma no ha intervenido en la suscripción del convenio colectivo de trabajo invocado y

no ha participado de la negociación, ni de la suscripción de dicho cuerpo jurídico.

Por otra parte, es preciso tener definitivamente en claro que las partes no pueden elegir qué convenio colectivo es el aplicable al contrato de trabajo que los une (conf. MACHADO, J.D., "Encuadramiento convencional de las relaciones individuales de trabajo", LLOnline), y que tampoco puede optarse por alguno que sea más favorable (conf. CNATrab., Sala I, 10/05/99, "Morales L.A. c/ Servicios y Construcciones SRL y Ot.": *"El encuadramiento convencional no debe hacerse en función del que resulte más favorable al trabajador sino en virtud de la personería ejercida respecto de la actividad por quienes lo han suscripto…"*); con una aclaración: salvo que un trabajador pacte con su empleador, expresamente, que respecto de ese contrato individual de trabajo, será regido por un CCT determinado.

Por otro lado, también cabe reafirmar que no resulta valedero utilizar como regla indiscutible de aplicabilidad, por sí sola, el hecho de que un convenio colectivo incluya una determinada actividad empresarial. Ello será así solamente en la medida de que, como indicáramos anteriormente, exista coexistencia en la representatividad de los firmantes del paco colectivo.

Todo esto nos lleva, asimismo, a recordar que no es correcta la creencia, generalizada, según la cual todas y cada una de las relaciones de trabajo subordinado se encuentran regulados por algún convenio colectivo.

Esto es así toda vez que, por un lado, no todos los dependientes se encuentran sindicalizados (v.g. los empleados de estudios jurídicos) y, por el otro, estos acuerdos no pueden ser objeto de una aplicación analógica: art. 16 Ley de Contrato de Trabajo (conf. SCOTTI-DUBRA, ob. cit.).

De lo hasta aquí analizado, surge con claridad manifiesta que la actividad que realizaba el actor de estos autos no puede encuadrarse ni en el Convenio de Empleados de Comercio Nº 130/75 (pretensión del actor) ni en el de los Taxistas Nº 67/89 (pretensión del demandado) dado que -según

hemos visto *supra*- no puede quedar obligado por el convenio un empleador que no intervino en el mismo en representación del sector patronal, una asociación patronal o al menos, un grupo de empleadores de dicha actividad y en ninguno de los dos convenios se dio la intervención en la negociación de los mismos como integrante del sector patronal del demandado, ya sea por estar afiliado a una asociación profesional empresaria o por lo menos a un grupo representativo de empleadores de la actividad.

Ante la situación planteada debe tenerse como principio rector que las convenciones colectivas no son aplicables por analogía, y de la misma manera que tal principio veda la aplicación de un convenio a una actividad distinta de la que regla, de igual forma no permite extender sus cláusulas normativas a quienes no se encuentran incluidos dentro del ámbito personal de aplicación de la convención (conf. CVTrab., Sala II, 29/10/74, LL, 1975-B-303 y JA, 26-1975-251) y que la obligatoriedad de un convenio colectivo de trabajo no puede extenderse más allá del ámbito propio de la actividad que representa la entidad que lo suscribió (conf. CNTrab., Sala VI, 28/07/77, DR, 1977-996).

Por lo expuesto, he de concluir que la cuestión sometida al recurso en tratamiento y que debe resolver esta Alzada debe encuadrarse dentro de la normativa de la Ley de Contrato de Trabajo.

1.2) <u>La determinación del salario</u>.

La sentencia en análisis, a los fines de cuantificar las indemnizaciones legales, se sometió al dictamen pericial anexo I de fs. 111, tomando una base salarial de $ 3.141,56. -lo que consideró razonable de acuerdo a las circunstancias fácticas alegadas en la demanda y acreditadas en la causa (art. 114 LCT).

Al remitirme al dictamen pericial contable (fs. 111/114) advierto que el mismo ha sido expedido en base a la normativa del CCT Nº 130/75 (Comercio), o sea, la normativa pretendida por el reclamante pero rechazada por el demandado.

Tengo en cuenta aquí que la Magistrada del inferior dice expresamente en su resolución que no comparte que la cuestión se encuadre en el CCT 130/75, agregando a ello que conforme la facultad que le otorga el art. 56 y 114 de la LCT estima justo y razonable atenerse a los fines del fijar la cuantía de la remuneración a la base salarial tomada por el perito contador en su dictamen producido a fs. 111/114, teniendo en cuenta sus fundamentos científicos y la falta de impugnación de las partes. No acompañaré en esta conclusión a la Sra. Jueza a quo y baso mi decisión en la circunstancia ya explicada y fundamentada aquí con respecto a que el CCT 130/75 no es aplicable al caso, lo cual es compartido por la sentenciante. Por lo tanto, si no es aplicable resulta contradictorio admitir la base salarial informada por el perito contador que se basa, precisamente, en los postulados del convenio inaplicable. Si se resuelve su inaplicabilidad, no es posible luego hacer del mismo una aplicación parcializada para un punto específico. Tengo en claro que o se aplica o no se aplica, pero no es procedente la aplicación parcial, sin que su procedencia pueda sostenerse en los fundamentos científicos del dictamen pericial y en la falta de impugnación por las partes. No hay relación entre los fundamentos científicos de la labor pericial y la falta de impugnación a la misma por las partes, con la conclusión clara, terminante y fundada de que el Convenio en cuestión es inaplicable al caso en tratamiento y de allí que no acompañe a la Sra. Jueza en su postura en este aspecto.

En el caso, tengo presente la normativa del Art. 16 LCT que prohíbe la aplicación extensiva o analógica de las convenciones colectivas de trabajo. La *analogía* en la LCT es un procedimiento de integración de normas para el

caso de laguna o carencia de ellas por lo que la prohibición establecida en el artículo significa que las normas de un determinado convenio no pueden ser llevadas fuera de su ámbito de validez personal, ya sea para aplicarlas a sectores de trabajadores carentes de convención colectiva que los ampare, ya para completar (o integrar) las normas de otro convenio (conf. LOPEZ – CENTENO – FERNANDEZ MADRID, Ley de Contrato de Trabajo, T.I, pág. 221).

También debo considerar lo dispuesto por el art. 56 LCT al contemplar los casos en que se controvierte el monto de las remuneraciones y la prueba rendida fuera insuficiente para acreditar lo pactado entre las partes. Esta norma permite al juez, por decisión fundada, fijar el importe del crédito de acuerdo a la circunstancias de cada caso. Para que opere esta facultad conferida al juez por esta norma deben reunirse los siguientes requisitos: a) estar probado el crédito por remuneraciones; b) existir controversia sobre su monto y c) insuficiencia de la prueba rendida para acreditar lo pactado entre las partes (conf. MEILU, Contrato de Trabajo, T. I, pág. 238). Los tres requisitos se dan en este caso.

Y la última norma que debo tomar es la del art. 114 de la LCT referida a los casos en que no hubiese sueldo o salario fijado por las convenciones colectivas o actos emanados de autoridad competente o convenido por las partes. Ante esta situación la cuantía será fijada por los jueces ateniéndose a la importancia de los servicios y demás condiciones en que se prestan los mismos, al esfuerzo realizado y a los resultados obtenidos.

Y es por ello que la jurisprudencia, en casos similares, ha fijado de manera uniforme que *"si no existe prueba alguna respecto del monto de la remuneración denunciada al demandar y ésta está discutida, corresponde a los jueces efectuar un control de razonabilidad de la remuneración invocada conforme a pautas objetivas y al salario mínimo vital"* (CNTrab., Sala I, 25/06/91, DT, 1991-B-1851).

La conclusión, amparada en las normas antes citadas, es que debe esta Alzada determinar la base salarial que es el punto controvertido y no acreditado suficientemente en autos. Es por ello que, compartiendo los fundamentos de la Sra. Jueza de Villafañe, debe tomarse el Salario Mínimo Vital y Móvil vigente en el momento en que se desarrolló la relación de trabajo, el cual ascendía a la suma de $ 1.240.- (Mil doscientos cuarenta pesos) con más el 20% por zona, lo cual hace un total de $ 1.488.- (Mil cuatrocientos ochenta y ocho pesos). Tengo en cuenta en este punto que la parte actora hace referencia al SMVM a fs. 13 vta. de su escrito inicial de demanda.

En consecuencia y en la etapa de ejecución de sentencia deberá efectuarse la correspondiente liquidación -conforme se ordena en la sentencia- a los efectos de cuantificar con una base salarial de $ 1.488.- las *"diferencias salariales"*, las indemnizaciones por despido incausado y las multas.

En lo que hace a las "horas extras", las mismas han sido reconocidas por las partes. Por lo tanto, deberán ser calculadas en la liquidación en base al salario aquí fijado y teniendo en cuenta que -ante la ausencia de convenio colectivo aplicable- se computarán de conformidad con lo fijado por la Magistrada a quo en su sentencia, es decir, a razón de cuatro (4) horas extras por día.

De igual modo se deberán liquidar las Asignaciones Familiares por hijos a favor del reclamante, lo cual no ha sido motivo de agravio por parte del recurrente y de conformidad con los montos fijados por la ANSES para el lapso que durara el vínculo laboral.

2) <u>Conclusión</u>.

Teniendo en cuenta lo hasta aquí desarrollado mi conclusión es que debe desestimarse el encuadre convencional propuesto por el demandado

agraviado en el recurso y revocarse el fallo en análisis en lo que hace a la determinación de la base remuneratoria a considerar a favor del actor.

Teniendo en cuenta como se resuelve la cuestión y compartiendo los fundamentos vertidos en el punto por la Sra. Jueza preopinante, no hace procedente modificar la imposición de costas dispuestas en el inferior ya que la demandada ha resultado vencida y en virtud de ello le deben ser impuestas las costas de la primera instancia (conf. art. 69 CPCC y art. 57 Ley XIV N° 1). Igualmente soy de la opinión que no debe modificarse la regulación de honorarios practicada en primera instancia por ajustarse los mismos a las pautas que determina la ley arancelaria y los porcentuales regulados se aplicarán directamente sobre el monto del proceso que resulte de la liquidación a practicarse oportunamente. Así lo voto.

3) <u>Las costas de la Alzada</u>.

Atento la forma en que he propuesto la solución de la cuestión, comparto la postura de la Sra. Jueza de Villafañe en que se da en el caso la situación que contempla la norma del art. 72 del ritual (vencimiento parcial y mutuo), por lo que es procedente imponer las costas en el orden causado.

En lo que hace a la regulación de honorarios y ajustándose la misma a las pautas que fijan los artículos 5, 7, 13 y concs. de la Ley XIII N° 4 y su modificat., debe ser la que propone en su voto la Dra. Maria Inés de Villafañe.

A LA PRIMERA CUESTION, el Sr. Juez de Cámara Dr. Heraldo Enrique Fiordelisi vota **PARCIALMENTE** por la **NEGATIVA**.

<u>A LA SEGUNDA CUESTIÓN</u>, la Señora Jueza de Cámara María Inés de Villafañe dijo,

De compartir los Señores Jueces mi voto, el pronunciamiento que corresponde dictar es el que sigue: **1) REVOCAR** la sentencia de primera

instancia para determinar, como base remuneratoria sobre la cual deberán liquidarse los rubros acogidos en la sentencia, la suma de $ 1.488 (Pesos Un mil cuatrocientos ochenta y ocho); **2) NO MODIFICAR** las costas y honorarios determinados en la primera instancia; **3) IMPONER** las costas en la Alzada por su orden (art.72 CPCC); **4) REGULAR** los honorarios de los letrados Ab. R. P., D. G. L. y B. M., en el 12,5%, 12,5 % y 25% respectivamente, de los que les fueran determinados en la instancia anterior (art. 5 y 13 Ley XIII Nº 4 y su mod). **5) De forma.**

Asi lo voto.

A LA SEGUNDA CUESTION, el Sr. Juez de Cámara Dr. Heraldo Enrique Fiordelisi dijo:

Atento compartir los fundamentos vertidos en su voto, el pronunciamiento que corresponde dictar es el propiciado por la Sra. Jueza de Cámara María Inés de Villafañe.

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

Puerto Madryn, de marzo de 2011.

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

S E N T E N C I A

1) REVOCAR la sentencia de primera instancia para determinar, como base remuneratoria sobre la cual deberán liquidarse los rubros acogidos en la sentencia, la suma de $ 1.488 (Pesos Un mil cuatrocientos ochenta y ocho); **2) NO MODIFICAR** las costas y honorarios determinados en la primera instancia;

3) IMPONER las costas en la Alzada por su orden (art.72 CPCC);

4) REGULAR los honorarios de los letrados Ab. R. P., D. G. L. y B. M., en el 12,5%, 12,5 % y 25% respectivamente, de los que les fueran determinados en la instancia anterior (art. 5 y 13 Ley XIII Nº 4 y su mod).

5) REGISTRESE, NOTIFIQUESE y DEVUELVASE.

REGISTRADA BAJO EL N° /12. SDL. CONSTE.