En la ciudad de Comodoro Rivadavia, Provincia del Chubut, a los días del mes de abril del año dos mil dieciséis, reunida en acuerdo la **Sala A** de la Cámara de Apelaciones de la Circunscripción Judicial con asiento en la ciudad de Comodoro Rivadavia, con la presidencia de su titular, Dr. Fernando Nahuelanca, y asistencia de la señora jueza de Cámara Dra. Silvia Noemí Alonso, para dictar sentencia definitiva en estos autos caratulados: **"A., J. S. c/ B. SRL s/ SUMARIO (Cobro de Pesos e Indem. de Ley)", expte. nro. 552/15**, venidos del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Laboral nro. 2 (expte. nro. 226/13), y atento al resultado del sorteo establecido en el art. 271 del Código de Procedimientos Civil y Comercial (fs. 209), correspondió el siguiente orden para la votación: Dr. Fernando Nahuelanca y Dra. Silvia Noemí Alonso.

Acto seguido se resolvió plantear y votar por su orden las siguientes cuestiones: **PRIMERA**: ¿Es justa la sentencia recurrida de fs. 184/187? y **SEGUNDA**: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la primera cuestión, el Dr. Nahuelanca dijo:

La sentencia que se dicta a fs. 184/187 rechaza la demanda interpuesta por la parte actora J. S. A. contra la parte demandada B. SRL. Impone las costas a la actora y regula los honorarios de los profesionales intervinientes.

Por la actora se apela a fs. 190, se concede el recurso a fs. 191 y a fs. 194/197 expone los agravios la recurrente.

Se agravia la actora por considerar la sentencia inaplicable el CCT 272/96, afirmando que se incurre en un error, por la indebida interpretación de la prueba producida, con presupuestos de los conceptos de la CSJN sobre la arbitrariedad si se prescinde de un tratamiento adecuado de las pruebas; que por la actividad principal y la función del actor (categoría de chofer) correspondía el CCT 272/96. Alude al art. 4 del CCT aludido, con lo que la empresa debió encuadrarlo en la categoría pasteleros, pero la empresa lo clasificó en la categoría de panaderos, la que posee escalas notoriamente inferiores a los pasteleros. Controvierte el dictamen pericial que concluye que la producción principal de la empresa era la panificación. Controvierte las conclusiones con los propios elementos suministrados por la pericia del contador de fs. 163/164, cuando informa las operaciones de venta de productos al 10,5% (en su totalidad productos de panadería) y ventas de productos al 21% (que tienen algunos productos de panadería incluidos en el Cód. Alimentario, productos de pastelería y los servicios de bar y cafetería), lo que no puede informar por cantidad de operaciones por no arrojarlo el sistema.

Observa entonces el recurrente que la totalidad de los productos que produce la empresa B. comprendidos en la alícuota del 10,5%, a la luz del Cód. Alimentario Argentino podrían calificarse de panadería, pero no así en los términos del CCT en debate, ya que claramente las facturas, medialunas, palmeras, galletas, dulces, etc.… son productos de pastelería a tenor de los citados

artículos del CCT 272/96 y no comprendidos en el CCT 478/06, el que solo habla de panificados sin azúcar. Concluye entonces que los productos afectados a la alícuota del 21% constituyen el 51,35% de los ingresos y un porcentaje indefinido por la pericia, afectados a la alícuotas del 10,5%, representan un 48,65% de las ventas. Sostiene entonces demostrado el yerro manifiesto de la sentencia cuando dice que las mayores cantidades de productos vendidos corresponden a panadería. Entiende finalmente, sin perjuicio de su mayor amplitud, que la sentencia no se ajusta al principio de congruencia.

La demandada contesta los agravios a fs. 199/200vta., afirma que los mismos no constituyen una crítica razonada de la sentencia, por lo que entiende debe declararse desierto. No obstante los contesta y refuerza la argumentación de la sentencia. Dice en principio que la actora no produce ninguna prueba que contraríe las conclusiones del perito y sostiene que las partes acordaron un contrato de trabajo al que su parte se atiene; que es solo lectura distinta de dicho informe pericial, pero que lejos está el 51,35% de constituir prueba de la actividad principal de la actividad comercial del demandado. En todo caso, sostiene que las disquisiciones de la actora tendrían sentido si el caso se refiriera a la Pcia. de Buenos Aires, que la sentencia realiza un análisis inverso al propuesto por su parte, pero que en realidad si B. fuera más de la actividad pastelera, aún le resultaría inaplicable el CCT 272/96: que en todo caso, las entidades firmantes de este no representan a su parte. Transcribe el art. 3 del CCT

272/96 y sostiene, por otra parte, que el CCT invocado no contempla algunos rubros que sí cobraba el actor.

Tratamiento y controversia de los agravios:

En principio cabe desestimar en forma liminar la mera alegación respecto a la deserción del recurso, desde que impele a la demandada a la controversia pertinente desde el derecho sustancial.

Precisamente el solo ángulo que le requiere al recurrente la crítica de la sentencia con lo que se desentiende de otra defensa de la demandada, ha requerido poner en evidencia el punto por esta parte, ello, en cuanto sostiene que el CCT 272/96 invocado por la actora como premisa de la demanda a partir de la intimación por Telegrama Ley N° 23789 (fs. 36 – documentación reservada N° 535, n° de origen) no resulta aplicable a su respecto.

Se verifica entonces que la construcción argumental de la parte actora destinada a superar las conclusiones de la sentencia respecto a la actividad principal de la demandada resultan fundadas a la luz del art. 9 L.C.T., ref. Ley 26428, porque las conclusiones de la pericial en los tramos neurálgicos de las definiciones, señala que no puede informar las operaciones de venta por no arrojarlo de tal manera los sistemas contables y la comprobación física sería muy compleja y cuantiosa (fs. 163); que tampoco puede determinar los porcentajes de producción que ocupan los productos de distintos rubros,

con lo que termina “infiriendo” que las mayores cantidades de productos vendidos se refieren a panadería (fs. 164).

Es claro que las conclusiones de naturaleza indefinida como las referidas no pueden ser consideradas como probanzas de la actividad principal de la demandada, ya que faltando la certeza de la técnica contable, la interpretación no puede sino favorecer al accionante porque los porcentuales numéricos proporcionados por el perito demuestran básicamente una actividad de ventas de acuerdo al gravamen de IVA superior en productos de pastelería y el servicio de bar y cafetería (21%) y menor de los productos de panadería (10,5%). No puede omitirse que conforme con la clasificación y codificación de actividades previstos por la afip.gov.ar, se determina la jerarquía de actividades según el concepto "ingresos" – AFIP.0485 f.150 PO 1 – FECHA 29/4/2005 (ingresos son los importes facturados, factura o documentos equivalentes, venta de bienes).

Pero la dilucidación precedente no resulta decisoria porque, como lo señala la defensa al contestar los agravios, si aún la actividad principal del comercio de la parte demandada fuera la pastelería, la inaplicabilidad del CCT.272/96 torna el punto inoperante.

Es que como lo apuntara la defensa, el CCT 272/96 no le resulta oponible, primero por limitarse a zona geográfica de la provincia de Buenos Aires; luego, no haber intervenido en su celebración o lo que es más, sus firmantes no lo representaban. La mismas cuestiones fueron tratadas en voto del suscripto en los autos caratulados: "Luna, Ricardo David c/ Casino Club S.A. s/ demanda laboral (dif. Haberes e indem. por despido)",

expte. 14.947 año 2005. Se dijo entonces, citando diversos fallos conductores, como el de la C.Nac.del Trabajo, Sala VII, oct.29/1993 – Federación Única de Viajantes de la República Argentina y otro c. Arnaldo Echart S.A., con nota del Dr. Hugo R. Carcavallo (TySS 1994-186), que sigue el argumento conclusivo del Dr. López y refrenda el Dr. Boutigue. Dicen los votantes que aparte del principio de "unicidad convencional" que consagró el Plenario "Risso c. Química La Estrella" (DT 1957-237), "como lo declaró hace muchos años la Sala V, resumiendo la pacífica doctrina observada hasta el presente, para que un convenio colectivo sea aplicable a una actividad determinada, los empleadores que pertenecen a la misma deben haber estado representados, siquiera sea *ope legis* (por imperativo legal), al celebrar la convención y a su vez, la entidad sindical haber tenido capacidad para actuar en dicho ámbito... La misma Sala V, más recientemente, ha ratificado este criterio declarando que el ámbito de validez personal de los convenios colectivos, está dado por la representatividad de los respectivos firmantes y que a ningún empleador no afiliado obliga el convenio, si este no interviene, por el sector patronal, una asociación profesional o, al menos un grupo de empleadores de la actividad ("Bustos, C. c. Surrey", TySS, 1991-144; ver también Sala VI, "Vicente c. Listas Argentinas", TySS, 1988-928 y SCBA., "Castaño, M. c. Cía. Minera Santa Cruz", TySS, 1991-607)".

El fallo no advierte con el conjunto de elementos jurídicos que debía contar para resolver el encuadre convencional y menos trata la expresa defensa de la demandada sobre el punto a fs. 55vta., punto 2. Por lo que hace a la acción, surge asimismo el equívoco del derecho pretendido, por la mención parcial de los fallos invocados a fs. 42. Con sus citas completas habría advertido que el examen de la actividad principal de la empresa se correspondía por tal jurisprudencia "de acuerdo con la representatividad de las partes signatarias", o más contundente la última parte del extracto del fallo aludido del D.T. 1995-A832: "3. Si no se ha acreditado… la representatividad de la accionada en ese convenio, es indiferente para su aplicación que el reclamante haya cumplido las tareas previstas en la convención".

Por lo expuesto en los fundamentos del presente voto, se confirma el rechazo de la demanda de fs. 187 y por la forma en que se resuelve, se confirma la imposición de las costas a la actora y las regulaciones de honorarios.

Por su implicancia y resultado del recurso en esta alzada con orden al art. 69 Ley XIII N° 5 del Digesto Jurídico, se imponen asimismo las costas a la parte actora. Por el mérito de los trabajos profesionales y su resultado, propongo los honorarios del Dr. J. M. R. en 30% y los del Dr. I. A. V. en 25%, de lo regulado por cada parte en primera instancia y restantes alcances.

A la segunda cuestión, el Dr. Nahuelanca dijo:

Voto:

1) Rechazar el recurso interpuesto por la parte actora Jorge Sebastián Argel, contra la parte demandada Barile S.R.L. y confirmar la sentencia de fs. 184/187 que rechaza la demanda interpuesta, por los motivos del voto.

2) Costas de la alzada a la parte actora, proponiendo las regulaciones de honorarios de conformidad con el considerando respectivo.

A la primera cuestión, la Dra. Alonso dijo:

1.El fallo apelado y los agravios:

El alcance del fallo impugnado, los datos de interposición y concesión del recurso; el contenido de la expresión de agravios y de su contestación han sido reseñados por el primer votante y a tales constancias me remito con la finalidad de evitar repeticiones estériles.

2.La suficiencia del recurso:

La parte demandada ha objetado, a fs. 199, la suficiencia técnica del memorial de agravios. Concretamente sostiene que no ha existido crítica concreta y razonada y pide se declare desierto el recurso.

Como ha señalado el primer votante, este tribunal adhiere –en forma pacífica y unánime- a un criterio amplio en el juzgamiento de los fundamentos de las apelaciones -dada la gravedad de las consecuencias que comporta la declaración de deserción- y en miras a un marcado resguardo de la garantía de defensa en juicio.

Partiendo de esta premisa, no es dable encuadrar el caso como un supuesto de deserción, ya que el

recurrente ha cumplido con la carga de expresar una crítica concreta y razonada

de la parte del fallo que considera equivocada. Es decir, ha cumplido con la idoneidad exigida por la ley.

Por lo demás, si algún interrogante quedare respecto de tal punto, corresponde aplicar la doctrina que dimana de los precedentes del Superior Tribunal de Justicia de la provincia que ha sostenido que cuando existen dudas acerca de si el escrito de expresión de agravios abastece la carga que le impone el art. 265 del CPCCCh en cuanto a rebatir adecuadamente las motivaciones de la sentencia recurrida, debe optarse por tener satisfecha esa carga (*cf.* autos "González vda. de Fernández, Encarnación", del 31-05-99; idéntico sentido autos "T.R.J., S.N. s/ Divorcio Vincular" del 22-03-00 Nro. SAIJ00150014 y "P., R. c/ M. s/ diferencias salariales", del 23-03-01 SAIJ01150056).

Por lo expuesto, no corresponde se aplique la sanción pedida.

3. Tratamiento de los agravios:

El argumento nodal de la crítica al fallo tiene, como puntualmente expresa quien me precede en la votación, un valladar insuperable: la inaplicabilidad del convenio en función del ámbito personal y geográfico del mismo.

Huelga recordar que, conforme lo establece el artículo 1° de la Ley 14250, convenio colectivo es todo acuerdo escrito relativo a las condiciones de trabajo y empleo –y a las remuneraciones- celebrado entre un empleador o un grupo de empleadores y una asociación profesional de trabajadores con personería gremial que

debe ser homologado por el Ministerio de Trabajo para tener efecto respecto de todos los que incluye en su ámbito de aplicación.

De la definición transcripta, se desprende que el convenio colectivo tiene una tipicidad en razón de la materia porque se regulan las condiciones de trabajo y empleo o cuestiones conexas. En realidad, precisando más el concepto podemos sostener que lo que se regula es el "interés profesional", que es el que convoca a las partes a unirse, organizarse y celebrar convenio (*cf*. Alonso Olea, citado por Ricardo Luis Lorenzetti, en "Convenciones Colectivas de Trabajo", editorial Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1988, pág. 52). Así, la convención colectiva se caracteriza por referirse a las cuestiones a las condiciones de trabajo de una determinada categoría profesional.

La aplicación de una convención colectiva de trabajo debe resolverse en punto al ámbito personal, temporal y territorial. El primero, se refiere a las personas que comprende un convenio colectivo, que son las definidas en el mismo, conforme al arte, oficio o profesión o la actividad a la que pertenecen. El segundo, tiene relación con el tiempo que rige un convenio, consistente en el plazo de vigencia, el que se prorroga automáticamente sin plazo, por efecto del mandato legal de la ultractividad.

El ámbito de validez personal de las convenciones colectivas que se delimita por los arts. 3, 8 y 9 de la Ley 14250, en su redacción anterior a su modificación por Ley 23545, está referido a la "actividad" y por tal debe entenderse la específica de la empresa. Y el ámbito

geográfico o territorial define la zona de aplicación del convenio

El artículo 1° del Convenio Colectivo 272/96 establece el primero de ellos del modo siguiente: "La presente Convención Colectiva de Trabajo se concerta entre la F. A. O. P., C., P. y A. y la A. d. H., R., C. y C., y C. d. I. P. d. B. A." y su artículo 3, bajo el título de Zona de aplicación estable:

"Capital Federal y los partidos de la provincia de Buenos Aires: Avellaneda, Lanús, Lomas de Zamora, Florencio Varela, Quilmes, Berazategui, Esteban Echeverría, Almirante Brown, San Vicente, La Plata, Ensenada, Berisso, Morón, General Sarmiento, Moreno, Luján, General Rodríguez, Pilar, La Matanza, Merlo, Tres de Febrero, Marcos Paz, San Fernando, San Martín, San Isidro, Vicente López, Tigre, San Nicolás, Ramallo, San Pedro, Baradero, Pergamino, Rojas, Bartolomé Mitre, Salto, Colón, Mercedes, San Andrés de Giles, Navarro, Las Heras, Zárate, Campana, Escobar, Exaltación de la Cruz, Chascomús, Magdalena, General Paz, Brandsen, Cañuelas, Monte, Lobos, San Antonio de Areco, Capitán Sarmiento, Carmen de Areco y demás zonas a las que sea extendida en virtud a lo dispuesto por los arts. 10, de la Ley 14250, y 6 del Dto. 199/88".

Por lo tanto, es claro que no solo no se ha demostrado la representatividad de la accionada en ese convenio y por esa sola razón corresponde rechazar la pretensión revisora, sino que además el ámbito geográfico de aplicación no se corresponde con el de la relación de trabajo a la que se pretende aplicar la Convención.

Repárese que el dato esencial y sustancial ingrediente sobre el que se apoya el andamiaje de la negociación colectiva y de su resultado que son las negociaciones colectivas de trabajo, ello tiene como base conceptual que la convención colectiva es esencialmente un "acuerdo" (colectivo y normativo) y por lo tanto la representación (gremial y empresaria) será siempre el dato indispensable para generar la obligatoriedad y exigibilidad de sus cláusulas.

Por ello se ha considerado que "el ámbito de aplicación de un convenio colectivo es el que surge delimitado por las respectivas representaciones ejercidas por aquellos que suscribieron el acuerdo" (CNAT, Sala VI, SD 61995 del 20/5/2010, en autos "Guillaume Andrea c/ Unión Obreros y Empleados Tintoreros, Sombrereros y Lavanderos de la República Argentina").

En idéntico sentido se ha sostenido: “Los convenios colectivos de trabajo, como instrumentos normativos, resultan aplicables de modo obligatorio en el ámbito específico establecido legalmente, para lo cual no puede soslayarse la existencia de una estrecha e indispensable vinculación entre la representación que asuma la unidad de negociación de aquellos, y el ámbito de aplicación (ya sea por actividad, profesión u oficio, o por zona geográfica determinada, o por empresa, etc.), determinado con los alcances establecidos por el art. 8 del decreto 467/88, reglamentario del art. 16 incs. a y b de la Ley 23551. (*cf*. CNTrab., Sala V, S.D. 72922 del 09/02/2011, en autos “Torres, Hernán Ricardo David c/ Hewlett Packard Argentina SRL y otro s /despido”). También que "El

ámbito de aplicación de un convenio queda limitado a la representatividad de las partes que lo han suscripto, lo que excluye la aplicación para quien no ha participado ni intervenido en la negociación del acuerdo" (CNAT, Sala VIII, 31/5/02, "Nicoloff Marta c/ HSBC SA" - Fallo en extenso: elDial.com - AA1110).

Por las razones expuestas y dado que el encuadre o no de un/a trabajador/a dentro de un determinado CCT de trabajo no depende de la voluntad de las partes (empleadora ni dependiente), sino de las propias normas convencionales y de las disposiciones de la Ley de Contrato de Trabajo es que los fundamentos del recurso no alcanzan para fundar una solución distinta y por ello adhiero al rechazo propugnado.

4. Costas y honorarios:

Las costas de esta instancia deben ser impuestas a la actora por aplicación del principio objetivo de la derrota.

Los honorarios se regulan de conformidad con las pautas generales contenidas en el artículo 5 de la ley arancelaria vigente y por aplicación de la escala prevista por el artículo 13 del mismo ordenamiento. En función de lo expuesto, adhiero a la cuantificación propuesta por quien me precede en la votación.

A la segunda cuestión la Dra. Alonso dijo:

Considero que corresponde dictar el pronunciamiento que ha precisado el Dr. Nahuelanca.

Con lo que se dio por terminado el acto, quedando acordado dictar la siguiente **SENTENCIA**:

1) Rechazar el recurso interpuesto por la parte actora J. S. A., contra la parte demandada B. S.R.L. y

confirmar la sentencia de fs. 184/187 que rechaza la demanda interpuesta.

2) Costas de la alzada a la parte actora, a cuyo fin se regulan los honorarios profesionales del Dr. J. M. R. en el treinta por ciento (30%) y los del Dr. I. A. V. en el veinticinco por ciento (25%), porcentajes a calcular sobre lo respectivamente regulado a cada parte por su labor en la instancia de grado, con más el IVA si correspondiera.

3) Regístrese, notifíquese y devuélvase.

La presente sentencia se dicta por dos vocales de Cámara en virtud de encontrarse excusado de actuar el Sr. Juez de Cámara Dr. Julio Antonio Alexandre y concordar en la solución del caso (Ley V-17-DJ, antes Ley 1130 y art. 274 CPCCCh, Ley XIII-5-DJ, Anexo A).

SILVIA NOEMÍ ALONSO
Jueza de Cámara

FERNANDO NAHUELANCA
Presidente

REGISTRADA BAJO EL nro. DEL AÑO 2016
DEL LIBRO DE SENTENCIAS DEFINITIVAS "L"

GISELA CINTIA MOREJÓN Secretaria de Cámara