



NEUQUEN, 27 de Diciembre de 2016.

**Y VISTOS:**

En acuerdo estos autos caratulados: "**PEREZ MANUEL EDUARDO C/ STEKLI SARITA SENOBIA S/ DESPIDO POR FALTA DE REGISTRACIÓN**" (Expte. N° 419104/2010) venidos en apelación del JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA EN LO **LABORAL NRO. 3** a esta **Sala III** integrada por los Dres. Fernando M. **GHSINI** y Marcelo Juan **MEDORI**, con la presencia de la Secretaria actuante, Dra. Audelina **TORREZ**, y de acuerdo al orden de votación sorteado el **Dr. Ghisini** dijo:

**I.-** La sentencia definitiva de primera instancia (fs. 340/349) rechazó la demanda interpuesta por el señor Manuel E. Pérez contra Sarita Senobia STEKLI; pero sin embargo la condenó a presentar el certificado del art. 80 LCT y el certificado de cesación de servicios (art. 12 Ley 24.241), bajo apercibimiento de aplicarle \$200 diarios de astreintes a favor del actor, en caso de incumplimiento. Las costas fueron impuestas en un 60% al actor y en un 40% a cargo de la demandada.

En dicha sentencia se consideró que el accionante debía estar encuadrado en la categoría de "Auxiliar Especializado B" del CCT 130/75.

Esa sentencia es recurrida por la parte demandada a fs. 356/359 vta., y por el accionante a fs. 360/365 y vta.

A fs. 353/354 el perito contador ..., apela sus honorarios por bajos.

**II.- a) Agravios del actor**

Sostiene que en la sentencia se ha efectuado una errónea interpretación del art. 57 de la LCT, para desestimar el despido indirecto de su parte. Explica que el señor Pérez el día 23/03/2010 envía telegrama a la demandada, el que es recibido el día jueves 25 de marzo de 2010, a las 8:56 hs., por tal motivo entiende que es evidente que el plazo de 48 hs. que tenía la empleadora -al menos para dar respuesta al mismo-



comienza en realidad a correr desde las 0:00 horas del día viernes 26 de marzo de 2010, expirando a las 24 horas del día sábado 27 de marzo de 2010.

Interpreta, que al haber recibido la respuesta de la empleadora el 30/03/2010, es válido el despido indirecto de fecha 29 de marzo de 2010, en que se coloca su poderdante.

Argumenta, que de ninguna manera resultó apresurado el despido ya que esperó el plazo determinado por la norma, sin haber recibido respuesta de su empleadora, y siendo que el plazo que deja pasar es razonable cae por tierra la conclusión a la que se arriba en la sentencia al considerar como una posible torpeza la de su mandante al enviar el telegrama en la fecha en la que lo hace.

Afirma, que el a quo omite considerar que toda comunicación tiene en realidad un efecto de carácter recepticio. Es decir, que una vez que llega la comunicación a la esfera de conocimiento surte todo los efectos, y no el día en que imposta la pieza postal en las oficinas del Correo, tal como pareciera entenderlo el juez de grado.

Aduce, que cuando el art. 57 de la LCT hace referencia a día hábil, tal expresión no se refiere a día hábil procesal -como erróneamente se interpreta en la sentencia- sino a día laboral en la empresa. Por ello, afirma que debe hacerse lugar al despido indirecto.

En segundo lugar, considera erróneo el encuadre convencional que efectúa el juez, al establecer que el convenio colectivo de aplicación no es otro que el de comercio CCT 75/76, ya que las actividades desplegadas por su mandante se asemejan o se ajustan más a las actividades de la venta y distribución de hormigón elaborado y no a la actividad que estatuye la norma de la Ley N° 22.250 o el CCT 75/76 -como lo pretende la accionada- o bien la de camioneros CCT 40/89 como considera su parte.



Controvierte que el juez haya considerado que en definitiva sea la actividad principal que desarrolla la demandada la base sobre la cual terminará efectuando el encuadre convencional, omitiendo no solo la correcta valoración de la prueba, sino que desoye el criterio de la doctrina legal respecto de la premisa sobre la cual se tomará como base para alcanzar el convenio aplicable propio y adecuado de la explotación.

Dice, que en el caso de autos se encuentra acreditada la existencia de distintos establecimientos de la accionada, y las diferentes actividades desplegadas en tales establecimientos, las que no todas tienen que ver pura y exclusivamente con la venta de hormigón elaborado -tal como lo trae a colación el juez de grado- por lo que pretender aplicar el convenio colectivo de comercio desentendiendo la verdadera actividad desarrollada por el actor, resulta arbitrario.

En función de los antecedentes que cita, indica que es absolutamente desacertado e irrazonable pensar que el convenio de aplicación para el accionante es el de la venta o comercio normado por el CCT 130/75, puesto que en realidad ha quedado acreditado por la prueba de informes y testimoniales rendidas, que la actividad cumplida por el accionante no ha sido otra que la de chofer de camiones, para el transporte de hormigón; como asimismo el transporte de áridos a los distintos yacimientos petroleros.

Por último, se agravia respecto de la imposición en costas, vale decir que se las hayan impuesto a su parte en un 60%.

A fs. 369/370 contesta la demandada el traslado del recurso y solicita que se lo decrete desierto, por considerar que no cumple con los requisitos del art. 265 del CPCyC.

## **II.- b) Agravios de la demandada**



Cuestiona que el a quo haya sostenido que la categoría profesional en que debió estar encuadrado el señor Pérez sea la de auxiliar especializado B del CCT 130/75.

Expresa, que la doctrina especializada ha establecido que para que un Convenio Colectivo sea aplicable a una determinada actividad, los empleadores que pertenecen a ella deben haber estado representados al celebrarse dicha convención.

Señala, que no surge que la demandada hubiera estado representada en la negociación del Convenio cuya aplicación efectúa el magistrado, por lo que, ningún empleador no afiliado queda obligado por el convenio sino intervino en él por el sector patronal, por una asociación profesional o al menos por un grupo de empleadores de la actividad.

Refiere, que la jurisprudencia en forma unánime ha establecido a los efectos de un correcto encuadre, que se debe partir de la actividad principal de la accionada.

Manifiesta, que en función del principio "iura novit curia" el juez debió aplicar el CCT N° 445/05 de Hormigón elaborado, que es más específico, pero siempre dentro del ámbito del CCT de UOCRA.

Destaca que a partir del año 2011 todo el personal de la demandada se encuentra bajo el CCT de Hormigón Elaborado por ser más específico de la actividad desarrollada.

En segundo lugar, critica que el Juez sostenga que la certificación de servicios y remuneraciones -Form PS 6.2 del ANSES-, que acompaña Stekli, no es válida porque le falta la firma certificada de su empleadora. Menciona que dicha apreciación es errónea ya que el certificado original que se encuentra reservado no fue agregado en autos al momento de dictar sentencia.

En tercer lugar, le causa agravios la imposición de las costas a su cargo.



Por último, apela, los honorarios del perito contador por altos.

**III.-** Ingresando al tratamiento de la cuestión traída a estudio, preliminarmente debo decir que por razones metodológicas voy a abordar los agravios de ambas partes de manera conjunta.

Ahora bien, en cuanto a las cuestiones suscitadas entre las partes respecto del cumplimiento o no del plazo de intimación consagrado en el art. 57 de la Ley de Contrato de Trabajo, para determinar qué incidencia ha tenido con relación al despido.

El referido art. 57, establece: "Constituirá presunción en contra del empleador su silencio ante la intimación hecha por el trabajador de modo fehaciente, relativa al cumplimiento o incumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de trabajo sea al tiempo de su formalización, ejecución, reanudación, extinción o cualquier otra circunstancia que haga que se creen, modifiquen o extingan derechos derivados del mismo. A tal efecto dicho silencio deberá subsistir durante un plazo razonable, el que nunca será inferior a dos días hábiles".

Esta norma crea una presunción a favor del trabajador cuando frente a su intimación fehaciente, el empleador no la conteste en un plazo razonable, que dicha norma lo fija en un plazo no menor de dos días hábiles.

Ese plazo de dos días no es un plazo fatal, sino un plazo mínimo que debe ser apreciado de conformidad con las circunstancias particulares de cada caso. Ello implica que aunque el empleador haya contestado pasados esos dos días, tal circunstancia no implica silencio, si dentro del contexto cómo han ocurrido los hechos éste ha contestado la intimación dentro de un plazo razonable.

En el caso particular de autos, advierto que la falta de contestación en término, que esgrime el actor a los



finés de justificar el despido indirecto y con ello hacer aplicación de la presunción que la propia norma establece, no resulta ser un hecho de suma trascendencia, pues teniendo en cuenta la contestación efectuada por la empleadora, ésta rechaza la pretensión de encuadramiento diferenciado que reclama el trabajador, como así el pago de las diferencias.

Por lo tanto, aún cuando el demandante hubiera aguardado algunas horas más, la respuesta de la empleadora antes de considerarse despedido, de manera alguna hubiera cambiado la postura adoptada a los fines de considerarse incurso en causal de despido indirecto, pues en su respuesta la accionada (v. telegrama de fs. 3) negó el hecho que el Sr. Manuel E. Pérez realizara tareas distintas a las de oficial; que se encuentre erróneamente registrado; que realice y/o haya realizado tareas de encargado de base en Rincón de los Sauces; que percibiera una remuneración que no se ajusta a su categoría y/o al convenio colectivo en el que se encuentra enmarcado; que haya cumplido un horario de trabajo de lunes a sábado de 7.00 a 21:30 hs., entre otras cosas.

Por otra parte, cabe mencionar que la causal invocada en el telegrama rescisorio (fs. 4), no es solo el silencio de la empleadora, sino también el **"incumplimiento de las intimaciones en el telegrama cursado"**; incumplimiento que efectivamente ha sido confirmado por la empleadora a través del telegrama de fs. 3, postura que mantiene al contestar la demanda.

Consecuentemente, superado este valladar, lo trascendente que presenta el caso es determinar si en realidad los motivos invocados por el actor, como el erróneo encuadre de la actividad registrada para el reclamo de las diferencias salariales e indemnizaciones reclamadas, ha sido acreditado en autos.

Así, el tema central finca en el encuadramiento convencional de la relación de trabajo, es decir, en la



determinación del convenio colectivo aplicable, en virtud de ser la causa por la cual el demandante se coloca en situación de despido indirecto, reclamando diferencia de haberes y demás indemnizaciones derivadas del despido.

En este sentido, mientras en la sentencia se establece que el convenio colectivo aplicable a la actividad desempeñada por el señor Manuel E. Perez, es el de Empleados de Comercio (CCT N° 130/75); la demandada plantea que es el convenio colectivo de la Construcción (CCT N° 76/75); mientras que el actor sostiene que es el de la Federación Nacional de Trabajadores Camioneros y Obreros del Transporte Automotor de Cargas, Logística y Servicios (Convenio N° 40/89).

A los fines de despejar cual es el convenio colectivo que rige la actividad que desempeñaba el actor, conviene precisar que en autos ha quedado firme y consentido, lo siguiente: a) la actividad principal que desarrolla la demandada es la fabricación de hormigón con plantas permanentes y su venta a yacimientos de distintas empresas; b) que el Sr. Pérez oficiaba de chofer hormigonero, en camiones misser (no de cargas generales o maquinarias), llevando y descargando el material y ocasionalmente áridos.

Por tal motivo, en el presente caso la pretensión del actor no tiene sustento normativo ni fáctico que lo avale para encuadrar su actividad en el Convenio N° 40/89, toda vez que -pese a la amplitud subjetiva contemplada en el mismo- en la especie la actividad principal de la empleadora y principalmente las tareas realizadas por el trabajador no se circunscriben al transporte de personas o cosas, sino a la elaboración y transporte de hormigón respecto de lo cual el traslado conforma un quehacer complementario a los fines de su comercialización.

En tal sentido, considero que resulta de aplicación el **Convenio Colectivo de la Construcción N° 76/75**, que establece: "Personal comprendido: Esta convención regulará



la relación de trabajo entre los empleadores y los obreros que prestan servicios a la industria de la construcción y ramas subsidiarias. La misma en especial, será de aplicación a los obreros que actúan como: **...21) Conductores de vehículos automotores (chóferes). 22) Operarios de máquinas:** Barrenadoras, topadoras, grúas, excavadoras, cargadoras, guinches, pavimentadoras, **hormigoneras**, apisonadoras, montacargas, motoniveladoras, compresores... Igualmente será de aplicación para los obreros ocupados en: **...18) La elaboración de hormigón en obra o fuera de ella y en este último caso, también su transporte en el proceso de elaboración...**"

De allí que, la actividad de transporte y colocación de hormigón está dentro de las actividades contempladas en el art. 21 y 22 del Convenio Colectivo N° 76/75, por lo que no resulta procedente encuadrar la actividad del actor en la categoría de Auxiliar Especializado B del CC T 130/75 de empleados de comercio, como lo entiende el a quo.

Máxime si se tiene en cuenta que esto ha quedado ratificado, en función de que dentro del ámbito de la UOCRA, se celebró el **Convenio Colectivo N° 445/06 de Hormigón Elaborado**, donde específicamente en su **art. 5** dice: "Actividad Contemplada: La presente convención colectiva de trabajo **regirá para las trabajadoras y trabajadores que se desempeñen en las empresas que se dedican a la elaboración y distribución de hormigón y/o morteros, así como también al traslado y colocación de los hormigones** en obra con elementos mecánicos como bombas de hormigón, equipos complementarios de las mismas como ser equipos de remolque y/o traslados de bombas. También para tareas de reciclado y aprovechamiento de los excedentes del hormigón y su posterior aplicación".

Por su parte, el art. 7 determina: "Personal Comprendido: El presente convenio regula la relación de trabajo para los trabajadores que se desempeñen en las





empresas que se dedican a la elaboración y distribución de hormigón y/o mortero, quedando comprendida la colocación de hormigones en obras con elementos mecánicos como bomba de hormigón, equipos complementarios de las mismas como ser equipos de remolque y/o traslado de las bombas y toda otra actividad accesoria, coadyuvante y/o complementaria. Las partes dejan expresamente aclarado y convenido que las tareas referidas en el primer párrafo del presente artículo, forman parte esencial de la actividad propia de las empresas signatarias y como tal se encuentran comprendidas dentro de las previsiones del art. 1 de la Ley 22.250 y en el presente convenio, no pudiendo ser fragmentadas o divididas, razón por la cual las partes se obligan a mantener el presente encuadramiento y sus condiciones, incluyendo en el caso que las empresas decidan descentralizar todo o parte de la actividad normal y habitual".

En cuanto a la apelación de los honorarios del perito contador, por bajos y por altos, debo decir que, teniendo en cuenta el informe pericial de fs. 221/224, y la respuesta al pedido de explicaciones que luce a fs. 254; como así la importancia que ha tenido el dictamen para la resolución de esta causa, estimo que los honorarios determinados en el sentencia (6% del monto de la demanda) resultan elevados, por lo que propondré que se reduzcan al 3%.

En función de todo lo expuesto, propongo al acuerdo revocar parcialmente la sentencia de primera instancia en lo referido al Convenio Colectivo aplicable al caso de autos y en consecuencia rechazar los restantes agravios esgrimidos por ambas partes. Las costas de ambas instancias deberán ser impuestas por su orden en atención a que se trata de una cuestión compleja que ha dado lugar a distintos tipos de interpretaciones tanto en doctrina como en la jurisprudencia citada por las partes como fundamento de sus posturas.



**IV.-** Por las razones expuestas, propongo al Acuerdo que se revoque parcialmente la sentencia recurrida, en lo que hace al Convenio Colectivo aplicable de conformidad con lo desarrollado en el considerando respectivo, y se impongan las costas de ambas instancias por su orden, en función de los motivos expresados anteriormente. Asimismo, se reduzcan los honorarios del perito contador al 2% del monto de la sentencia.

Tal mi voto.

**El Dr. Marcelo J. MEDORI, dijo:**

Por compartir la línea argumental y solución propiciada en el voto que antecede, adhiero al mismo.

Por ello, esta **Sala III**

**RESUELVE:**

**1.-** Revocar parcialmente la sentencia dictada a fs. 340/349, en lo que hace al Convenio Colectivo aplicable de conformidad con lo desarrollado en el considerando respectivo.

**2.-** Reducir los honorarios regulados al perito contador ..., al 3% del monto de la sentencia.

**3.-** Imponer las costas de ambas instancias por su orden, en función de los motivos expresados anteriormente (art. 68 2º apartado del C.P.C.C.).

**4.-** Regular los honorarios de los letrados intervinientes en esta Alzada, en el 30% de lo que oportunamente se fije en la instancia de grado a los que actuaron en igual carácter (art. 15 L.A.).

**5.-** Regístrese, notifíquese electrónicamente, y, oportunamente, vuelvan los autos al Juzgado de origen.

**Dr. Fernando Marcelo Ghisini - Dr. Marcelo Juan Medori**  
Dra. Audelina Torrez - SECRETARIA