NEUQUEN, 6 de Abril de 2017.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: **"RODRIGUEZ NESTOR HUGO C/ ALPHA PIPER SERVICES S.R.L. S/ COBRO DE HABERES"**, (**JNQLA1 EXP Nº 472956/2012**), venidos a esta **Sala II** integrada por los Dres. Federico **GIGENA BASOMBRIO** y Patricia **CLERICI**, con la presencia de la Secretaria actuante Dra. Micaela **ROSALES** y, de acuerdo al orden de votación sorteado, **el Dr. Federico GIGENA BASOMBRIO dijo:**

I.- La sentencia de fs. 131/133 rechaza la demanda deducida, con costas.

La decisión es apelada por la actora en los términos que resultan del escrito de fs. 134/142, cuyo traslado no fue respondido.

II.- El primer agravio se centra en que el juez no tiene por acreditado el salario que denunció en su demanda, incumpliendo así con lo dispuesto por el artículo 56 de la Ley de contrato de trabajo. Agrega que pese a la intimación cursada no se adjuntaron los recibos salariales y que deben tenerse por ciertos los que adjuntó.

Expresa que si bien la accionada dice que su actividad pertenece a la UOCRA, los testigos la vinculan con la actividad petrolera y que las tareas que señaló han sido demostradas.

Afirma que la empresa incumplió con la totalidad de las intimaciones que se le hicieran y que la sentencia no protege debidamente al trabajador.

A continuación vuelve a remarcar la trascendencia que, para el caso, tiene el artículo antes citado.

En relación a la actividad de la empleadora dice que basta con ingresar a su página web y que ello debió ser

realizado por el juez en uso de sus facultades, deber sobre el que se explaya.

En el segundo agravio cuestiona el rechazo del SAC correspondiente al año 2010 y vacaciones no gozadas.

Asimismo, objeta el rechazo de los daños y perjuicios ante la omisión de realizar los aportes para lo cual ofrece la producción de la prueba pertinente.

Igualmente considera viable la multa del artículo 80 ante la reliquidación que debe practicarse.

III.- Ingresando al tratamiento de las cuestiones planteadas y analizados los agravios vertidos, considero que los mismos no conmueven los argumentos esgrimidos por el sentenciante para desestimar la demanda.

En efecto, conforme resulta de los términos expresados en la demanda y documental adjuntada, así como de la contestación de demanda, considero que la cuestión en base a la cual debe dilucidarse la cuestión pasa por cual es el encuadramiento convencional del actor.

Así, la accionante pese a invocar que existió un acuerdo verbal acerca de su remuneración, hecho que en modo alguno ha sido comprobado como se reconoce en la expresión de agravios, basa su reclamo de diferencias salariales en que fue encuadrado dentro del convenio de la construcción cuando correspondía el de la actividad petrolera.

Al respecto, hemos dicho que:

“Al fallar la causa “Herrera c/ Mágnum Pipetech” (Sala II, P.S. 2010-IV, F° 1170/1176), señalé que el encuadramiento convencional consiste en dilucidar cual es el convenio colectivo aplicable a una relación de trabajo determinada, debiendo probarse al efecto que la empresa a la

que pertenece quien lo reclama, cumple la actividad de la convención cuya aplicación se pretende".

Asimismo, hemos dicho en la causa ***448770/2011:***

"Tanto la sentencia de grado como el apelante son contestes en que el criterio rector para dirimir los conflictos de encuadramiento convencional es el de la actividad principal de la empresa. Este criterio parte del plenario de la CNAT "Risso c/ Química Estrella"."

"Sin embargo, la doctrina del plenario "Risso" fue acotada mediante otro fallo plenario de la CNAT –"Alba y otros c/ Unión Tranviarios Automotor", sentencia del 14/6/1971-, donde se concluyó que el criterio de actividad principal, en caso de una empresa con varios establecimientos, debe aplicarse a cada uno de ellos. Criterio éste adoptado por el Tribunal Superior de Justicia provincial en autos "Asencio c/ Grúas Gut y sus acumulados" (Acuerdo n° 34/2009 del registro de la Secretaría Civil). Dijo el Tribunal en el precedente citado, "para resolver el encuadre convencional debía estarse a la actividad de la empresa o, en su caso, a la actividad principal. Pues bien. Cuando la empresa tiene establecimientos, la atención debe centrarse en la actividad principal desarrollada, en concreto, en cada uno de ellos. Puede suceder que sea la misma en todos y, por consiguiente, que todos estén comprendidos en el mismo ámbito personal de un convenio colectivo. Pero, también puede acontecer que en alguno de ellos se cumpla una actividad distinta y por tanto, que ese establecimiento se halle alcanzado por el ámbito personal de otro convenio, propio y adecuado a su explotación."

"Esa coexistencia de actividades diferenciadas suele traer aparejada la necesidad de diseñar la organización productiva de un modo especial y acorde a cada una de ellas,

con el deliberado propósito de que resulte apta para la consecución de sus fines. Como dentro de dicha organización están comprendidos los trabajadores, la categoría profesional de cada uno de ellos se ajustará a las propias particularidades de esas actividades. Por ende, es lógico pensar que resulten alcanzados por el convenio colectivo de la actividad principal desplegada en cada establecimiento".

En el caso de autos, considero que la parte actora no ha producido prueba alguna suficiente que justifique la inclusión de la demandada dentro del convenio de la actividad petrolera debiéndose tener en cuenta que, en función del objeto societario, su actividad queda encuadrada dentro del supuesto previsto por el artículo 4 apartado segundo inciso 12 del convenio 76/75.

A ello, se agrega que la prueba testimonial en modo alguno sustenta la postura del actor toda vez que la testigo Cardozo a fs. 103 dijo que la demandada se dedicaba a la construcción y José Cárdenas Salinas a fs. 123, si bien afirma que realizaba tareas de construcción para empresas petroleras al contestar la primera repregunta, expresa que también efectuaba construcciones civiles.

Incluso de la documental adjuntada por la propia actora, bien que referida a tareas relacionadas con empresas petroleras, se destaca que realizaba obras referidas a la construcción como se desprende de fs. 13, y 15.

Incluso, al absolver posicione el accionante reconoce que la empresa realizaba tareas de construcción, bien que aclara que lo que se construía era dentro de la actividad petrolera (ver respuesta a la sexta posición) e inclusive su respuesta evasiva en relación a la última posición permite, en función de las circunstancias antes señaladas, concluir que en realidad la empresa accionada realizaba tareas relacionadas

con la construcción dentro del convenio colectivo antes mencionado.

Como bien lo indica el juez en su decisión, no hay elementos que permitan afirmar que corresponde la aplicación del convenio colectivo invocado por el actor.

Y por cierto que pesaba sobre la actora la carga de la prueba de los hechos que sustenta su pretensión, toda vez que no es función del juez ofrecer y producir la prueba que la parte no propuso dado que, de lo contrario, ello importaría vulnerar su imparcialidad para transformarse en una parte.

El hecho que el impulso sea de oficio en modo alguno permite sustentar la orfandad probatoria de la parte, de manera tal que la pretensión de que el juez produzca prueba como lo requiere el quejoso no puede tener andamiento.

En cuanto a los principios laborales invocados así como la aplicación al caso de las normas de fondo y procesales mencionadas por el apelante, resultan inaplicables al caso en análisis, toda vez que la postura del actor se sustenta en la aplicación de un convenio colectivo, como se deduce de su demanda e intercambio epistolar previo, que no es pertinente en base a la actividad comprobada de la demandada.

En cuanto al segundo agravio, tampoco prosperará, con fundamento en lo que resulta de la liquidación final percibida de conformidad y que fuera adjuntada por el propio actor a fs. 28.

Con respecto al tercer agravio, no puede ser admitido, dado que la demanda no prospera y que los aportes fueron realizados conforme se destaca en la sentencia sin que al respecto mediara cuestionamiento alguno.

Finalmente, no puede admitirse la multa del artículo 80 de la Ley de contrato de trabajo, toda vez que los certificados fueron puestos a su disposición según se indica en la sentencia y sin que al respecto mediara queja del apelante.

Por otra parte y en relación al tema hemos dicho:

"En lo que refiere a la multa prevista en el art. 80 LCT, estimo que no resulta procedente puesto que el propio accionante ha acompañado los certificados entregados por la empleadora y "la eventual controversia sobre el carácter de los datos contenidos en dichas constancias no puede equipararse a su falta de entrega, que es la conducta que la multa bajo análisis pretende evitar" (cfr. "AMOROSO", EXP Nº 452780/2011)."

"Así, siguiendo el mismo criterio de la Sala II de esta Alzada, hemos dicho: ...resulta aplicable lo sostenido por la Dra. Patricia Clerici respecto a que "[…] dicha multa tiene por finalidad compeler al empleador al cumplimiento de las obligaciones legales en orden a la debida registración laboral (con especial incidencia en el ámbito de la seguridad social), por lo que esta penalidad resulta operativa en tanto nos encontremos ante una total falta de registración o ante una deficiente registración, derivada de una conducta maliciosa del empleador, que deliberadamente omite registrar el contrato de trabajo conforme con la realidad de la relación. Más, en supuestos dudosos como el de autos, donde ***la defectuosa registración deriva, no ya del ocultamiento de la realidad del contrato, sino de una interpretación de la naturaleza de la prestación, que solamente puede ser zanjada por decisión judicial, no entiendo razonable la aplicación de esta multa, puesto que las certificaciones fueron entregadas de acuerdo con las constancias obrantes en los recibos de haberes del trabajador,*** *por lo que no se cumple con la*

finalidad perseguida por la norma, deviniendo en una excesiva onerosidad para la demandada" (Sala II, in re "MARTINEZ OMAR CONTRA PERFIL S.R.L. S/COBRO DE HABERES", Expte. Nº 413499/10. Ver esta Sala en: "ROMERO DARIO ANDRES CONTRA TRANSPORTE GABINO C. CORREA SRL S/COBRO DE HABERES", EXP Nº 413497/10)."

IV.- Por las razones expuestas, propongo se confirme la sentencia apelada en todas sus partes, con costas a la actora vencida.

La Dra. Patricia CLERICI dijo:

Por compartir los fundamentos vertidos en el voto que antecede, adhiero al mismo.

Por ello, esta **Sala II**

RESUELVE:

I.- Confirmar la sentencia de fs. 131/133 en todas sus partes.

II.- Imponer las costas de Alzada a la actora vencida.

III.- Regular los honorarios de los letrados intervinientes en segunda instancia en el 30% de la suma que por igual concepto, se fije para cada uno de ellos por su actuación en la instancia de grado (art. 15 de la ley 1594).

IV.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, en su oportunidad, vuelvan los autos al Juzgado de origen.

Dr. FEDERICO GIGENA BASOMBRIO - Dra. PATRICIA CLERICI
Dra. MICAELA ROSALES - Secretaria