En la ciudad de Puerto Madryn, a los días de febrero del año dos mil trece, se reúne la Excma. de la Cámara de Apelaciones, con la Presidencia del Sr. Juez de Cámara Dr. Heraldo Enrique FIORDELISI y asistencia del Sr. Juez de Cámara Dr. Mario Luis VIVAS, para celebrar acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **"B. M. T. c/ R. C. D. s/ COBRO DE PESOS. LABORAL" (Expte. Nº 245 - Año 2012)** venidos del Juzgado Laboral N° 1 (Expte. N° 234/09), en apelación. Los Sres. Magistrados resolvieron plantear las siguientes cuestiones: **PRIMERA:** ¿Es justa la sentencia dictada a fs. 253/264? y **SEGUNDA:** ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar? y expedirse en orden al sorteo practicado a fs. 243.

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

**1) Antecedentes y la sentencia.**

Se han recepcionado los presentes actuados en esta instancia en virtud del recurso de apelación interpuesto a fs. 268 por la parte demandada, el cual le fuera concedido mediante la providencia dictada a fs. 269. Los fundamentos del recurrente obran a fs. 270/275, sin que el traslado de los mismos haya sido contestado por su oponente.

La sentencia dictada por la Sra. Jueza a quo hizo lugar a la demanda en todas sus partes, condenando a C. D. R. a abonar a M. T. B. dentro del quinto día y mediante depósito judicial la suma de $ 37.216,51.- (Treinta y siete mil doscientos dieciséis pesos con cincuenta y un centavos), con más los intereses a la tasa activa que fija el Banco del Chubut S.A., imponiéndole las costas procesales en su calidad de vencida y regulando los honorarios a los profesionales actuantes en el proceso.

Consideró la Sra. Magistrada a quo que la controversia suscitada y que debía resolverse recaería sobre la procedencia de las diferencias salariales, la determinación del salario devengado por la actora de acuerdo a la real jornada laboral cumplida, el correcto encuadre convencional de la relación laboral que existió entre las partes y la procedencia o no de la indemnización del art. 178 LCT, de las indemnizaciones por despido incausado, de la multas que determina la L.N.E. y de la indemnización que fija el art. 45 de la Ley 25.345.

Destaca la sentencia en crisis la circunstancia apuntada por el demandado de que en los telegramas de los días 25 de Junio, 07 de Julio y 29 de Julio de 2009 la actora expuso una posición relacionada con la jornada cumplida y la norma convencional que consideró aplicable a su relación y que luego, al entablar la demanda, cambió sus dichos aduciendo un error en las comunicaciones postales que remitiera a su empleador. O sea, el marco dentro del cual se dio por despedida la reclamante, fue variado posteriormente en los términos que surgen de la demanda judicial. No obstante ello, la magistrada a quo consideró que este comportamiento de la actora no puso en riesgo el derecho constitucional de la defensa en juicio, ya que el accionado tuvo ocasión de introducir en su conteste todos los hechos y el derecho que hacían a su defensa. Es por ello que consideró que no es posible admitir que la norma del art. 243 de la LCT deba aplicarse a la luz de un excesivo rigorismo formal, pues no es ese su espíritu y que hay que estar a los principios que emanan de los arts. 9, 2ª. parte y 63 LCT.

Según la sentencia de la inferior quedó establecido que la actora cumplió tareas en el establecimiento donde funcionan consultorios médicos y odontológicos, denominado “V.”, sito en la calle ** de M. N° *** de esta ciudad, lo cual fue admitido por el demandado aunque limitándolo a tres días a la semana y sólo a su consultorio médico. Esta actividad se desarrolló, destaca la sentencia, carente de registración.

No hay discusión -dice la a quo- con respecto a que B. se vinculó también con el accionado manteniendo una relación de empleo doméstico regida por el Régimen del Empleado Doméstico conforme documentación incorporada al proceso.

Menciona luego que resultó controvertida la extensión de la jornada laboral, la fecha de inicio del vínculo laboral y si la actora desarrolló tareas de limpieza en el consultorio de R. o en todo el establecimiento denominado "V.".

Valorando la prueba testimonial (testigos de la F. y Q.) y la informativa (a la empresa "S."), tuvo por acreditado la sentenciante que la actora desarrolló tareas de limpieza en todo el ámbito físico de la C. V. y no en un solo consultorio.

Agrega luego que B. tenía acceso a los consultorios V. con una clave de ingreso para desactivar la alarma y que data la contratación del servicio de alarma de Junio de 2006 (fs. 139).

Evaluó luego que el perito contador no tuvo a la vista el Libro Especial del art. 52 de la LCT. Esa falta del libro mencionado genera, según la sentenciante, una presunción iuris tantum a favor del trabajador que puede ser desvirtuada por prueba en contrario. Es decir, constituye una presunción favorable al trabajador respecto de los datos que en dicho instrumento debieron constar. En consecuencia -según la sentencia recurrida- corresponde la aplicación del art. 55 LCT, por lo que el empleador debió probar la fecha de ingreso, la jornada laboral, la categoría y la remuneración percibida por la actora; concluyendo que no ha cumplido el accionado ni mínimamente con esta carga probatoria ya que sólo acompañó las constancias del pago de haberes por la vinculación por el empleo doméstico que mantuvo con la actora.

Con respecto a otro de los temas controvertidos que es qué convención colectiva debe aplicarse al caso en tratamiento, tuvo en cuenta que la

reclamante pretende su inclusión en el C.C.T. N° 108/75. Teniendo en cuenta las declaraciones testimoniales de las testigos de la F. y Q., la Magistrada a quo consideró que la reclamante debe ser encuadrada en la "5ta. categoría: b) Peón de limpieza" que contempla el CCT 108/75 ya que surge de manera diáfana -dice el fallo- la aplicación de la mencionada norma convencional.

Con respecto a la cuestión relativa a la remuneración de la actora y a los efectos del cálculo de las diferencias salariales reclamadas, la Jueza a quo consideró que corresponde tomar una jornada de 12,50 horas semanales con lo que la remuneración devengada por la trabajadora surge de dividir la remuneración de jornada completa por 36 horas semanales y multiplicarla por 12,50. Es así que realizó el cálculo de las diferencias salariales a partir del mes de Abril el año 2007 y declaró a favor de la actora por este concepto la suma de $ 8.821,15.

De conformidad con el intercambio postal habido entre las partes, la magistrada a quo llegó a la conclusión de que la decisión rupturista de la reclamante se ajustó a derecho. Ha dicho que la sucesión de hechos acaecidos y la gravedad de los incumplimientos patronales, la falta de registración laboral y la negativa de la misma, ha sido una conducta contraria al deber de buena fe y configurativa de la injuria en los términos del art. 242 LCT que habilitaron a la trabajadora a decidir la finalización del vínculo, siendo acreedora a las indemnizaciones previstas en los arts. 232, 233 y 245 LCT.

Con respecto a la indemnización establecida por el art. 15 de la L.N.E., ha plasmado la sentencia que ante la falta de registración de la relación laboral y la intimación cursada por la actora estando vigente el vínculo laboral, se encuentran reunidos los requisitos formales y sustanciales para su procedencia pues la relación culminó por despido indirecto y la disolución

sobrevino durante el período de los dos años posteriores a la recepción de la intimación cursada al empleador requiriendo la registración laboral.

En lo que hace a la pretendida indemnización que contempla la norma del art. 178 LCT, la sentencia la declaró procedente. Tuvo en cuenta para ello que el demandado conocía el estado de embarazo de la actora con lo cual ésta adquirió el derecho a la estabilidad en el empleo que la LCT reconoce a toda gestación (art. 177 LCT) y a la protección especial del art. 178 del mismo cuerpo normativo. Habiéndose producido el despido el 11 de Agosto de 2009, opera -según la sentencia- la presunción legal a favor de la trabajadora, que el despido obedece a razones de maternidad. Por ello, hizo lugar a la indemnización prevista en el art. 182 LCT equivalente a un año de remuneraciones, que son trece porque debe incluirse el SAC.

El reclamo del incremento indemnizatorio previsto por el art. 2 de la Ley 25.323 fue declarado procedente por la sentenciante, pues se presentan -dijo- los presupuestos legales que viabilizan el mismo: la intimación fehaciente de la trabajadora y la mora del empleador en el pago de las indemnizaciones legales, lo que obligó iniciar la acción judicial.

También admitió la sentencia de la inferior la indemnización contemplada en el art. 45 de la Ley 25.345 por haber incumplido la empleadora con la entrega del certificado de trabajo, conforme lo normado por el art. 80 LCT. Del texto del telegrama remitido el 15 de Diciembre de 2009 (fs. 7) a la accionada, tuvo por cumplido la sentenciante los recaudos formales exigidos por la norma para que sea procedente esta indemnización.

**2) <u>Los agravios de la parte demandada</u>.**

Los agravios planteados por la parte demandada se resumen en los siguientes:

**a)** Que la sentencia haya tenido por configurada la relación laboral desde el día 01 de Junio de 2006, desarrollándose la misma de lunes a viernes en el

horario de 06 a 08,30 hs. y comprendida en la categoría quinta del CCT 108/75, en base a la prueba testimonial.

Sostiene que la prueba testimonial fue incorrectamente valorada dado que no la tomó en su conjunto ya que, de así haber sido, hubiera advertido la contradicción entre los dichos de las testigos de la F. y Q. con los del testigo A. Tampoco tuvo en cuenta, dice el quejoso, que la actora en la primera comunicación remitida al demandado consignó que laboraba los días lunes, miércoles y viernes, de 06 a 08,30 hs., realizando tareas de limpieza en el marco del CCT 130/75. Esta postura fue cambiada al entablar la demanda invocando un "error involuntario", afirmando que trabajó de lunes a viernes y pretendiendo ser encuadrada en el CCT 108/75.

Invoca también que las testigos mencionaron tareas cumplidas por la actora que no son las que ella refiere en la demanda y las que reconoció al absolver posiciones. Refiere también que no son ciertos los dichos de las testigos ya mencionadas en lo que hace al horario en el que concurrieron para sacar turno para ser atendidas por el Dr. A., cuando éste declaró que atendía en otro horario y que los turnos los daba su secretaria en otro horario que el mencionado por las testigos. Sólo queda, al decir de la queja, la declaración del testigo R. quien hace referencia al trabajo semanal cumplido por la reclamante, lo que se contrapone a lo que ella misma afirmó en sus despachos telegráficos ya referidos y sin que el declarante haya visto a la actora desarrollar una tarea determinada. A lo dicho, incorpora el detalle de que el testigo es "amigo" de la actora, situación que relativiza la fuerza de su declaración. Las cuestiones apuntadas, dice la queja, debieron conducir a la a quo a rechazar las pretendidas labores denunciadas por la actora (lunes a viernes) y en un ámbito distinto al consultorio del demandado.

**b)** El segundo agravio está dirigido a la inaplicabilidad del C.C.T. 108/75 que ha resuelto la sentencia, teniendo en cuenta el reconocimiento de la actora al absolver posiciones sobre el ámbito físico donde trabajó y la ya

remarcada contradicción de los testigos. A ello agrega el agraviado que en la calle ** de M. *** no funcionan solamente "consultorios odontológicos" como dice la demanda sino de distintas especialidades que son locados a profesionales independientes de distintas especialidades. Todo ello -según el agravio- hace a la inaplicabilidad del CCT 108/75.

**c)** Estrechamente vinculado con la queja anterior, efectúa el demandado el planteo de que admitir una jornada semanal de 36 hs. para la categoría quinta del CCT 108/75 en la que se ha encuadrado a la actora, implica contradecir la letra del art. 19 del citado CCT. Concretamente afirma el demandado que la categoría quinta ("peón de limpieza") que se le atribuye a la actora, no tiene dentro del CCT 108/75 una jornada "normal" de 36 horas como lo establece la sentencia en crisis. Por lo tanto, la proporcionalidad según la efectiva extensión de la jornada semanal, corresponde hacerse sobre una jornada semanal de 48 hs. y no de 36 hs. como lo ha hecho la sentencia recurrida.

**d)** Plantea luego como agravio la defensa de la "falta de legitimación del demandado" para estar obligado a responder por las indemnizaciones de los arts. 232, 233 y 245 LCT, de la indemnización del art. 178 LCT, de la del Art. 15 de la LNE, de la que fija el Art. 2 de la Ley 25.323 y la del Art. 45 de la Ley 25.345. Basa su postura en que la actora se consideró despedida sólo de la persona jurídica "V. SRL" conforme su telegrama del día 11/08/09 y no respecto del demandado. Por ello, según la queja, la actora no tiene legitimación para reclamar estas indemnizaciones al demandado.

**e)** En quinto lugar se agravia el demandado de la admisión de la indemnización que fija el Art. 15 de la Ley 24.013. Entiende que ello no corresponde no sólo por la falta de legitimación sustancial ya explicada aquí, sino que además no se reúnen las condiciones para que la misma sea procedente, encontrándose también equivocadamente calculada, dado que el trabajador despedido tiene derecho a percibir el doble de las

indemnización que le corresponden y no el 200% que es el cálculo realizado en la sentencia en crisis. Por último, entiende que tampoco corresponde la aplicación de esta norma en virtud de no haberse cumplido por la reclamante la notificación a la AFIP.

**f)** Por último y en el entendimiento de que se han conculcado garantías constitucionales de su parte, realiza el planteo del Caso Federal (Art. 14 Ley 48).

**3) <u>Tratamiento de los agravios de la parte demandada</u>.**

**3.1) <u>Los días de labor, el horario de trabajo, la categoría y el CCT aplicable a la actora</u>.**

La queja está dirigida a que la sentencia tuvo por cumplida la relación de trabajo de la actora para el demandado de lunes a viernes en base a la prueba testimonial -que a su entender ha sido contradictoria- y sin tener en cuenta el propio reconocimiento realizado por la reclamante en sus despachos telegráficos en cuanto a que trabajó los lunes, miércoles y viernes de 06,00 a 08,30 hs., realizando tareas de limpieza en el marco el CCT 130/75.

Remitiéndome a la prueba instrumental obrante en autos, obra a fs. 76 el despacho postal remitido por la actora al demandado el 25/06/09 mediante el cual le intimó la registración de la relación laboral *"…realizando tareas de limpieza en la categoría Maestranza CCT 130/75 con una jornada de trabajo de 6 a 8.30 hs los días lunes, miércoles y viernes, prestando tareas asimismo en su domicilio particular… los días lunes, miércoles y viernes de 9 a 11, con una remuneración según CCT de la actividad…"*.

La misma postura adoptó la reclamante en el envío de la pieza postal obrante a fs. 79, del 07/07/09, dirigida a V. SRL ya que surge de la misma que reconoce cumplir una jornada de trabajo de 6.00 a 8.30 hs los días lunes, miércoles y viernes. Lo expuesto en este despacho fue ratificado por la

parte actora en su envío del 29/07/09 dirigido a V. SRL (fs.80). Ninguna variación en su postura con respecto a los días y horario de labor surge de los despachos remitidos por la actora los días 11/08/09 (fs. 81) y 17/12/09 (fs. 82).

Al entablar la demanda, la actora adujo que *"…en la primera misiva que remitiera a mi empleador, y por un error involuntario, se consignó una jornada de tres días por semana cuando en realidad las tareas prestadas en los consultorios V. se extendían -como se dijo- de Lunes a Viernes…"*. Tal como he analizado supra, advierto que esta postura no fue sólo asumida en la primera misiva que remitiera a su empleador sino que se reiteró y se ratificó en las posteriores.

Con respecto a la prueba "testimonial", no advierto que surja de la declaración de la testigo D. la F. (fs. 123 y vta.) cuáles eran los días que trabajaba la actora en los consultorios médicos. Con sólo leer sus dichos emerge con nitidez mi afirmación. Lo mismo cabe concluir luego de la lectura de los dichos de la testigo Q. (fs. 124 y vta.), también propuesta por la reclamante.

Con respecto al testigo R. ("amigo" de la actora) declaró que B. trabajaba *"…de lunes a viernes…"* (respuesta a la cuarta pregunta de fs. 155) y al requerírsele sobre la razón de sus dichos, contestó: *"…porque yo lo acompañaba hasta el laburo…"* (fs. 155). Con lo cual y sin perjuicio de que su declaración debe ser apreciada con estrictez dado su relación de "amistad" con la reclamante, en modo alguno resulta para mí convincente que lo que declaró lo sabe sólo por haber acompañado a la actora al trabajo. A esta razón le caben múltiples preguntas incontestadas, a saber: todos los días acompañó a la actora a su trabajo?, cuándo la acompañaba al trabajo?, la vio trabajar en el lugar?, cómo sabe las tareas que cumplía si sólo la acompañó hasta el lugar de labor?. Lo dicho y el análisis de su declaración me llevan a concluir que ninguna luz arroja la misma sobre la cuestión debatida (arg. arts. 390, 460 y concs. CPCC).

Sin perjuicio de lo hasta aquí expuesto, considero que la solución al planteo realizado por la parte demandada no debe encuadrarse -como lo hace la sentenciante- en que el cambio de las circunstancias invocadas por la actora como causantes del despido no ha puesto en riesgo el derecho constitucional de defensa en juicio, ya que el accionado tuvo ocasión de introducir en su conteste todos los hechos y el derecho que hacen a su defensa y que no es posible admitir que la norma en cuestión deba aplicarse a la luz de un excesivo rigorismo formal, debiendo estarse a los principios emanados de los arts. 9, 2ª. parte y 63 LCT. Y no comparto la postura de la Sra. Magistrada a quo porque el tema en análisis tiene una clara respuesta en la propia normativa de la L.C.T. En efecto, el art. 242, complementado por el art. 243 LCT, determina que la extinción del vínculo con justa causa fundada en una injuria grave que impide la continuidad del vínculo, es de naturaleza *formal y recepticia*, y por ende debe notificarse por escrito a la contraparte. Hace a la esencia y a la validez del despido indirecto con justa causa que la misma se plasme en una notificación por escrito, como expresión suficientemente clara de la causal, sea para que el empleador ejerza su derecho de defensa, sea para brindarle certeza a un acto cuyas consecuencias son a todas luces disvaliosas para el dependiente injuriado. El art. 243 LCT establece que una vez notificado el trabajador en forma suficientemente clara, la causal que configura la injuria por la que se extinguió el vínculo no puede modificarse. En realidad, el principio contenido en el art. 243 apunta a consolidar los principios de buena fe, congruencia y a facilitar o viabilizar el derecho de defensa, en función de la descripción de los actos injuriosos atribuidos al despido.

El principio de invariabilidad en definitiva, no sólo se aplica a la inadecuación entre lo escrito en la notificación del despido y la modificación de las causales en el proceso ulterior, sino también cuando el texto de la notificación expresa una causal no clara, genérica o imprecisa, y

luego se procura suplir esas falencias en el proceso judicial ajustando los hechos a la verdad real. Con ello se demuestra que resulta preferible pecar por exceso en la descripción de los hechos o actos que motivan el despido indirecto, antes que ser escueto, sintético o genérico, que a todas luces no responde al mandato legal.

En definitiva, claridad y congruencia son los imperativos destacados por el art. 243 LCT, aludiendo a la descripción de la causal en forma suficientemente clara que admita la réplica propia del derecho de defensa, y por otra, que la misma se sostenga en todas sus instancias, a fin de preservar la confiabilidad de un evento como el distracto que priva al trabajador de las indemnizaciones legales. Es de destacar que el imperativo es bilateral, es decir, que se le impone el deber de transparencia y congruencia también al trabajador al momento de invocar una injuria que le impide la continuidad del vínculo, y con ello, se hace acreedor a las indemnizaciones legales por despido indirecto (conf. DE DIEGO, J.A., "Tratado del despido y otras formas de extinción", ed, La Ley, T. II, pág. 459 y sigs.).

He remarcado ya aquí que en los envíos postales de la actora obrantes a fs. 76, 79, 80, 81 y 82, se han mantenido y ratificado que ella trabajó para el demandado los días lunes, miércoles y viernes e intimó que se registrara su vínculo con esos días de labor bajo apercibimiento de darse por despedida. Se llegó así al día 11/08/2009 en que mediante el despacho del telegrama obrante a fs. 81, la reclamante se dio por despedida (despido indirecto) en virtud del incumplimiento del demandado de registrar su relación conforme lo intimado en los despachos de fs. 76 y 79. Por lo tanto, anticipo que considero improcedente -ante la claridad de los textos de los despachos telegráficos- que al entablar la demanda, la reclamante haya dicho que trabajó para el demandado de lunes a viernes y que *"…en la primer misiva que remitiera a mi empleador, y por un error involuntario, se consignó una jornada*

*de tres días por semana…"*. Y lo considero improcedente no sólo a la luz de la normativa de la LCT sino porque el deber de lealtad acogido por la ley, exige que el dependiente al notificar e intimar a su empleador indique las causales sin que pueda después invocar otros motivos de oposición que los consignados en la comunicación postal. Lo mismo cabe decir con respecto al cambio que realizó al invocar primero estar amparada en el CCT 130/75 y luego -en sede judicial- manifestar esta comprendida en el CCT 108/75.

O sea, la cuestión no pasa -como dice la sentenciante- por el hecho que el accionado tuvo ocasión de introducir en su conteste los hechos y el derecho que hacían a su defensa sino en que la ley no permite invocar una causal en la etapa extrajudicial, notificarla por medio fehaciente al empleador y luego esgrimir una postura diferente o contraria en sede judicial al entablar la demanda.

Es por todo lo hasta aquí expuesto que se ha decidido judicialmente que las injurias no volcadas en el telegrama, no pueden ser consideradas y ello se basa en lo normado por el art. 243 LCT que consagra el principio de invariabilidad del despido, según el cual *"no se admitirá la modificación de la causal" consignada en la comunicación respectiva* (conf. CNTrab., Sala IV, 30/09/09, LLOnline AR/JUR/40354/2009). Es que la situación de despido en la que se coloca el trabajador debe ser comunicada por escrito, con expresiones suficientemente claras de los motivos en que se funda la ruptura del contrato y frente a la demanda que promoviere la parte interesada, no se admite la modificación de la causal de despido que se consignara en las comunicaciones que se intercambiaron (ver FERNANDEZ MADRID, J.C. y Diego, "Injurias, Indemnizaciones y Multas Laborales", Ed. La Ley, pág. 58 y sigs.).

Sin perjuicio de lo expuesto, debe también aplicarse aquí -lo que la sentencia no ha hecho- la conocida doctrina de *"los actos propios"*. Y ello es así porque no es posible asumir una actitud y volcar en un medio fehaciente

dirigido al empleador (comunicación postal, en el caso) una postura y/o conducta determinada denunciando en forma clara, terminante y precisa la forma como se desenvolviera la relación laboral en lo que a días, horario de labor y convenio laboral aplicable se refiere y luego -al entablar la demanda judicial- volver sobre sus propios pasos y esgrimir otros días de labor, otra jornada y otro convenio colectivo aplicable a su relación.

La magistratura española ha decidido reiteradamente que los actos propios se fundamentan en la necesidad de proteger la buena fe, la confianza y la estabilidad de las relaciones jurídicas, exigiendo para que su autor quede vinculado frente al sujeto pasivo, que los mismos tengan la solidez y consistencia necesarias para de ellos deducir verdaderas declaraciones de voluntad en términos concluyentes e inequívocos, siendo eficaces para crear, modificar o extinguir algún derecho (conf. Trib. Sup. de España, Sala 6ª., 04/02/88, ponente: Sr. Moreno Moreno, La Ley (Esp), 1988-2, 228; cit. en LOPEZ MESA, M.J., "Presupuestos y requisitos de aplicación de la doctrina de los actos propios", LLPatagonia 2008 (diciembre), 513; LLC 2009 (febrero), 1).

Y tengo en cuenta que en ningún momento la parte actora ha alegado la existencia de un error excusable suyo o de dolo de otra persona o de algún otro vicio de la voluntad existente al realizar las distintas comunicaciones telegráficas remitidas al empleador en las cuales mantuvo una postura uniforme sobre el tema en tratamiento (días, jornada laboral y convenio colectivo aplicable); extremos que -de probarse- pudieron haberla liberado de las consecuencias de sus actos propios anteriores (conf. C.C.C.Trelew, Sala A, 30/09/08, reg. N° 62/2008 – SDL).

Examinando el principio de buena fe, advertimos que su observancia requiere que en la relación jurídica la parte exhiba un comportamiento leal y adecuado a la creencia y confianza despertada en la otra, manteniendo la palabra empeñada desde el proceso formativo mismo, haciendo

inadmisible la contradicción con una conducta previa y propia, ejercidas voluntariamente en los términos de los arts. 897, 898, 903, 944, 913, 936, 914 y 917 del Cód. Civil (conf. MORELLO, A.M. - STIGLITZ, R.S., "Inaplicabilidad de la doctrina del acto propio a la declaración viciada por falta de libertad y por violencia", La Ley, 10/08/04, pág. 1; DJ 2004-2-1241).

Lo que me interesa remarcar en este caso es que no es óbice para aplicar la doctrina de los actos propios que la primera conducta, que luego se pretende desconocer, haya sido actuada en sede extrajudicial. Es, además, la tesitura seguida por la CSJN y la SCJBA, que impide volver respecto de todo tipo de conductas, sean judiciales o extrajudiciales (conf. CCCTrelew, Sala A, 30/09/08, SDL N° 62/2008).

Se ha dicho que quitar a los actos extrajudiciales del ámbito de vigencia de la doctrina de los actos propios, significa reducir excesivamente su alcance, yendo incluso de contramano de los tiempos actuales y de las tendencias legislativas que se dice compartir. Dejar fuera del radio de aplicación de la doctrina el ámbito prejudicial o extrajudicial, significa desertar de cubrir la mayoría de los casos. Los asuntos que llegan a la etapa judicial no son la regla sino la excepción, aunque igualmente son numerosísimos los que arriban a la jurisdicción, por lo que creo que una de las facetas más valiosas que presenta la teoría, radica en evitar que se siga un proceder determinado en la vida diaria y luego, al arribar a tribunales, se cambie radicalmente lo alegado, lo actuado o lo dicho. Es por ello que esta doctrina debe aplicarse a las comunicaciones fehacientes (conf. LOPEZ MESA, M.J., "La doctrina de los actos propios en la jurisprudencia", Ed. Depalma, Bs.As., 1997, pág. 81 y LOPEZ MESA-ROGEL VIDE, "La Doctrina de los Actos Propios", Ed. Reus, Madrid, 2005, pág. 129).

En el caso en tratamiento encuentro suficientemente garantizado el derecho de la manifestante (la actora) y puede decirse que sus reiteradas manifestaciones por vía postal han sido libres, dirigidas en sentido

indudable a crear o modificar sus derechos y han estado rodeadas de las formalidades que las hacen serias y reflexivas. Es por ello que tales expresiones extrajudiciales formales -vía comunicación fehaciente- la obligan, quedando atada a sus expresiones (conf. CCCTrelew, Sala A, 30/09/08, sentencia cit.).

Lo expuesto se trata de un criterio valioso, pues en caso contrario, las expresiones contenidas en una carta-documento no tendrían en juicio más que el exiguo valor del papel en que están escritas o, a lo sumo, el del minúsculo costo del envío postal. Ello es éticamente inaceptable y jurídicamente contradice el principio general de la buena fe, contenido en los arts. 1198 CC y 63 LCT; ello así, sin dudas se aplica en este caso a las comunicaciones fehacientes enviadas por la actora la doctrina de los actos propios (conf. CCCTrelew, Sala A, 30/09/08, sentencia cit.).

Teniendo en consideración lo hasta aquí expuesto y fundamentado, sostengo que la parte actora quedó legalmente aferrada a lo expresado extrajudicialmente en los despachos telegráficos oportunamente remitidos a la parte demandada -los que he individualizado en el comienzo de este punto- en lo que respecta a los días de labor, el horario de trabajo y el convenio colectivo aplicable a su relación laboral, no siendo válido que al entablar la demanda haya modificado los mismos sin justificación legal alguna. Es por ello que no he de acompañar la conclusión a la que ha arribado la Sra. Magistrada a quo en esta cuestión, proponiendo su revocación. Por lo tanto, deberá tenerse como días de labor desempeñados por la actora los lunes, miércoles y viernes; el horario de trabajo a tener en cuenta como cumplido por la trabajadora será de 06,00 a 08,30 hs. y su categoría la de “Maestranza” conforme el CCT N° 130/75. Avala también esta conclusión el hecho de no haberse producido prueba alguna que contraríe alguno de estos parámetros y que tampoco han merecido reproche de parte del recurrente.

Con respecto a "la fecha de ingreso" de la actora, hay que tener presente que la norma del art. 52 LCT dispone la obligación de los empleadores de llevar un libro especial en el que se consignará: *"…d) Fecha de ingreso y egreso…"*. Este libro no fue presentado por el demandado (ver dictamen pericial contable Fs. 185). Ante este panorama y no habiéndose acreditado en forma fehaciente otra fecha de ingreso por parte del demandado, es de aplicación lo ya decidido sobre el particular al decir que *"la falta de exhibición por parte del demandado del libro del art. 52, LCT torna procedente la consecuencia legal prevista para tal omisión en el art. 55 del mismo cuerpo legal, esto es que se presumen ciertos los dichos del actor con relación a los datos que debían constar en dicha documentación"* (CTrab.Cordoba, Sala 10, 08/10/09, "Ramírez, C.F. c/ Lescano, H.O.", LaLeyOnline). Por lo expuesto, comparto la decisión de la Sra. Jueza a quo en que debe tenerse como fecha de ingreso de la reclamante el día 01 de Junio de 2006.

Como conclusión del punto, propongo al Acuerdo admitir los agravios vertidos por el demandado con respecto a los días de labor, el horario de trabajo, la categoría y el CCT aplicable y rechazarlo en lo que respecta a la fecha de ingreso de la reclamante que debe ser confirmado. Así lo voto.

**3.2) <u>La inaplicabilidad del C.C.T. 108/75</u>.**

El segundo agravio está planteado con respecto a la inaplicabilidad del CCT 108/75 que ha admitido la sentencia como aplicable a la relación de trabajo mantenida entre las partes. La cuestión esgrimida 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 108/75 (Técnicos Administrativos de Institutos Médicos Sin Internación), pese a que en sus reclamos postales se consideró regida por las normas del CCT 130/75

(Empleados de Comercio). Obviamente, el demandado considera inaplicable el CCT 108/75 por las razones que esgrime en su queja.

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).

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.

Atento los principios que acabo de enunciar, hay que tener presente cuáles son los trabajadores incluidos en el C.C.T. N° 108/75. Conforme su normativa están comprendidos en el mismo: el personal técnico, administrativo y obrero que en relación de dependencia trabaje en Institutos Médicos u Odontológicos sin internación, laboratorios de análisis clínicos, rayos "X" o similares, Institutos de preservación de la salud (baños, cuidado corporal, etc.) y en general toda organización sin internación cuya finalidad sea la recuperación, conservación y/o preservación de la salud (conf. art. 4 CCT 108/75).

Considero que, a la luz de las probanzas producidas en autos, no es fácil discernir cuál es el CCT aplicable a la relación habida entre las partes. Y hago esta afirmación porque en modo alguno se ha probado aquí que la

actora haya prestado su labor en “Instituto Médico u Odontológico sin internación” o en un “Instituto de Preservación de la Salud” o en alguna “organización sin internación cuya finalidad sea la recuperación, conservación y/o preservación de la salud”. De los testimonios brindados en el proceso surge con nitidez que el inmueble donde prestó servicios la reclamante está conformado por varios consultorios independientes que se alquilaban por su propietaria a distintos profesionales (médicos u odontólogos) para atender a sus pacientes, sin que exista entre los profesionales ningún tipo de sociedad. Además no funcionaba en el referido inmueble un centro médico, clínica, sanatorio o instituto médico u odontológico sin internación.

Lo dicho me conduce inevitablemente a concluir que en modo alguno puede considerarse a la actora regida por la normativa del CCT N° 108/75 sino que deben aplicarse a su relación habida con el demandado las prescripciones que contiene el C.C.T. N° 130/75 el cual es de aplicación *“…a todos los trabajadores que desempeñen como empleados u obreros en cualquier de las ramas del comercio o en actividades civiles con fines de lucro…”* (conf. art. 2 CCT N° 130/75).

Dentro del Convenio aplicable, la actora corresponde ser incluida en la categoría de “personal de maestranza y servicios” que es el que realiza las tareas atinentes al aseo del establecimiento (conf. art. 5 CCT N° 130/75).

En virtud de lo expuesto, propongo al Acuerdo admitir el agravio en tratamiento, disponiendo que la actora debe considerarse incluida dentro de la normativa del C.C.T. N° 130/75 y no del C.C.T. N° 108/75 como resolviera la sentencia en crisis.

**3.3) <u>La jornada semanal admitida para la quinta categoría del CCT 108/75 contradice el art. 19 del mismo CCT</u>.**

Afirma el demandado que la categoría quinta (“peón de limpieza”) que se le atribuye a la actora no tiene dentro del CCT 108/75 una jornada “normal” de 36 horas como lo establece la sentencia en crisis.

Habiendo decidido en el punto “3.2)” que el CCT de trabajo aplicable a la reclamante es el N° 130/75, el tratamiento de la presente cuestión planteada como agravio por el recurrente deviene abstracta. Es mi voto.

**3.4) La “falta de legitimación” del demandado.**

Se agravia el demandado invocando una “falta de legitimación” de su parte para responder por las indemnizaciones de los arts. 232, 233, 245 y 178 LCT, por la del art. 15 de la LNE, por la del art. 2 de la Ley 25.323 y por la del art. 45 de la Ley 25.345.

El planteo realizado en esta queja no fue esgrimido por el recurrente al contestar la demanda, por lo tanto, no ha sido objeto de debate integrando la litis y puesto a consideración de la Magistrada a quo para su decisión final. Por lo tanto, a la luz de lo normado por el art. 280 del ritual, este Cuerpo no puede expedirse sobre el mismo.

**3.5) Indemnización del Art. 15 Ley 24.013. Falta de legitimación. Cálculo erróneo y falta de notificación a la AFIP.**

Causa agravio al recurrente la aplicación de la indemnización que establece la norma del art. 15 de la Ley 24.013 y basa su reproche en tres causales: a) la falta de legitimación del demandado para serle impuesta la norma referida; b) al erróneo cálculo realizado por la sentenciante al fijar su monto y c) que no se cumplió por la reclamante con la notificación a la AFIP.

Con respecto a la “falta de legitimación”, he dicho supra que el punto no puede ser aquí considerado en virtud de no haber sido planteado en tiempo y forma en la instancia inferior (arg. art. 280 CPCC).

En lo que hace al "cálculo erróneo" del monto por el cual procede la indemnización, la queja ha devenido una cuestión abstracta debido a que, teniendo en cuenta lo propuesto en el punto "3.2" del presente, será necesario que en la etapa de ejecución de sentencia se practique una nueva liquidación por el perito contador actuante en autos de todos los rubros que deben ser abonados por el demandado, en base a lo allí decidido.

En cuanto a la improcedencia por el incumplimiento por la reclamante de la oportuna notificación a la AFIP, la CSJN se ha expedido ya sobre el particular resolviendo que la exigencia establecida en el at. 11 de la Ley 24.013 -según la modificación introducida por la Ley 25.345-, consistente en notificar fehacientemente a la Administración Federal de Ingresos Públicos respecto de la intimación de regularización formulada por el trabajador al empleador, sólo alcanza a las multas de los arts. 8, 9 y 10 de la citada ley, por lo cual su falta de realización en modo alguno obsta la duplicación a la cual alude el art. 15, siempre y cuando se hubiere cursado la intimación dirigida al empleador, de manera plenamente justificada (conf. CSJN, 31/05/05, "Di Mauro, J.S. c/ Ferrocarriles Metropolitanos S.A. E.L. y Otro"; DJ, 2005-3-103, La Ley 2005-E, 809; Fallos: 328:1745). Por lo tanto, la falta de notificación invocada por el quejoso en modo alguno impide la aplicación de la normativa analizada.

Lo expuesto y fundamentado me conducen al rechazo del agravio en tratamiento.

**4) <u>Conclusión. Necesidad de practicar nueva liquidación final</u>.**

Teniendo en cuenta la revocación parcial de la sentencia dictada por la Sra. Magistrada a quo propuesta en el presente, queda establecido que la fecha de ingreso de la actora se produjo el día 01 de Junio de 2006, sus días de labor fueron los lunes, miércoles y viernes, su horario de trabajo se cumplió de 06 a 08,30 hs, su categoría fue la de "Maestranza", le es aplicable el CCT

N° 130/75 y la ruptura del vínculo laboral se produjo el 11 de Agosto de 2009 atento la notificación cursada ese día por la actora a su empleador considerándose despedida (fs. 81), hecho que no se encuentra controvertido.

La revocación referida trae como consecuencia que quede sin efecto la liquidación que contiene la sentencia dictada en la instancia inferior determinando la suma a abonar por el demandado a la reclamante de autos, ya que la misma fue practicada en base a las pautas que por esta sentencia se revocan.

En virtud de lo expuesto, en la etapa de ejecución de sentencia, la perito contadora actuante en autos deberá practicar una nueva liquidación determinando:

a) las remuneraciones que le correspondieron percibir a la parte actora durante el término de la relación laboral, atento haber trabajado los días lunes, miércoles y viernes, en el horario de 06,00 a 08,30 hs., siendo su categoría la de "maestranza" y aplicando el CCT N° 130/75. Fundamentos de su conclusión;

b) las "diferencias salariales" que existen a favor de la actora y cuál es su importe discriminándolo mes por mes durante todo el período de trabajo incluyendo el SAC, fundamentando su conclusión;

c) el importe que le corresponde abonar al demandado conforme la norma del art. 232 LCT, fundamentando su conclusión;

d) el importe que le corresponde abonar al demandado conforme lo dispuesto por el art. 233 LCT, fundamentando su conclusión;

e) el importe que le corresponde abonar al demandado conforme lo dispuesto por el art. 245 LCT, fundamentando su conclusión;

f) el importe que le corresponde abonar al demandado de conformidad con lo dispuesto por el art. 15 de la LNE, fundamentando su conclusión;

g) el importe que le corresponde abonar al demandado conforme lo dispuesto por el art. 178 LCT, fundamentando su conclusión;
h) el importe que le corresponde abonar al demandado de conformidad con lo dispuesto por el art. 2 de la Ley 25.323, fundamentando su conclusión;
i) el importe que le corresponde abonar al demandado conforme lo normado por el at. 45 de la Ley 25.345, fundamentando su conclusión; y
j) el importe total por el que prospera la demanda conforme la totalidad de los rubros que componen la liquidación y que debe abonar el demandado a la parte actora, dentro del plazo y con los intereses fijados en la sentencia dictada en primera instancia.

**5) <u>Adecuación de las costas y honorarios</u>.**

Sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 282 del ritual y la modificación al decisorio de autos realizada precedentemente, no encuentro motivos para readecuar las costas impuestas en la Instancia anterior, ni la regulación de honorarios practicada en esa oportunidad.

**6) <u>Las costas de la Alzada</u>.**

Atento el resultado propuesto en mi voto como decisión final, considero razonable y ajustado a derecho que las costas de la Alzada sean impuestas en un 70% a la parte demandada y en un 30% a la parte actora (conf. art. 72 y concs. CPCC).
En mérito a ello, regular los honorarios del letrado apoderado de la parte demandada, Dr. L. A. N., en el 30% de los honorarios que le corresponde percibir por su intervención en la Instancia inferior (conf. arts. 5, 7, 13, 38, 46 y concs. Ley XIII N° 4 y su modificat.).
A LA PRIMERA CUESTION, el Sr. Juez de Cámara Dr. Heraldo Enrique Fiordelisi vota **PARCIALMENTE** por la **AFIRMATIVA**.

**A LA PRIMERA CUESTIÓN**, el Sr. Juez de Cámara Dr. Mario Luis VIVAS, dijo:

**1.**

Que las cuestiones fácticas han sido ampliamente referidas por mi colega de primer voto, motivo por el cual no redundaré en ellas, dando por transcriptos aquí los desarrollos efectuados al respecto por el Dr. Heraldo Fiordelisi.

Centraré mi atención, para el sustento individual de mi voto, en el análisis de los aspectos traídos a revisión de esta Cámara, guardando el mismo orden metodológico que el propuesto por el Sr. Camarista preopinante.

**2.1.**

Se agravia la demandada por considerar que el decisorio estimó, con fundamento en la prueba testimonial, una relación laboral existente desde el 01.06.2006, cumplida de lunes a viernes de 06,00 a 08,30 hs, de acuerdo a la categoría quinta del CCT 108/75.

En tal sentido sostiene que las declaraciones de de la F. y Q., se contradicen con las del testigo A., la que fue soslayada por el decisorio.

Suma a lo expuesto las propias manifestaciones de la parte actora, formuladas al absolver posiciones.

No obstante lo expuesto, refiere que la primera comunicación cursada por la actora al demandado indicaba como días de tareas los lunes, miércoles y viernes de 06,00 hs a 08,30 hs, realizando tareas de limpieza en el marco del CCT 130/75, circunstancia que luego varió en su demanda, reconociendo la existencia de un error involuntario, afirmando haber trabajado de lunes a viernes.

Respecto de las contradicciones apuntadas en la queja en orden a las declaraciones testimoniales de autos, debo señalar que el Dr. Fiordelisi ha dado debida cuenta de ello, arribando a idénticas conclusiones, frente a idénticos interrogantes formulados con respecto a la testigo R., que resultó ser la única que afirmó que la actora laboraba de lunes a viernes. Resulta verdaderamente poco creíble deducir que la

testigo acompañara a diario a la actora al punto de asegurar que trabajaba de lunes a viernes, cuando en verdad no dio razones de por qué lo hacía.

Por tal razón, dedicaré los siguientes párrafos, siguiendo el orden propuesto por el Sr. Vocal de primer voto, a analizar la aplicación del art. 243, LCT.

El decisorio de autos cita una frase de mi autoría en autos “P., O. c/ C. S.A.” (20/12 SDL), al señalar que no es posible admitir que la norma en cuestión haya de aplicarse a la luz de un excesivo rigorismo formal, pues no es ese su espíritu y habrá de estarse a los principios emanados de los arts. 9, 2ª parte y 63, LCT.

Si bien dicho aserto fue formulado en el marco de un precedente que no guarda similares características al que se analiza en autos, es oportuno aclarar que en el presente caso, se ha variado notablemente el contenido de los hechos descriptos, de modo tal de haber sido redefinidos a conveniencia de la parte actora, contrario, a mi criterio, al principio de la buena fe consagrado en el art. 63, LCT que se consigna en la cita.

Ese principio de la buena fe es un deber de conducta que se impone a las partes aun al momento de extinguir la relación.

La interpretación de un contrato, debe hacerse teniendo en cuenta el comportamiento de las partes en su integridad, incluyendo el posterior a la relación en crisis (cfr. Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, sala I, “M., A. y otro c. Estructura Horizontal S. R. L. y otro”, 31/08/1995, DT 1996-A DT 1996-A, 359, AR/JUR/462/1995).

Y del análisis de la causa, surge con claridad que a través de las notificaciones de fs. 76 y 79, la actora reconoció haber trabajado los días lunes, miércoles y viernes, denunciando encontrarse encuadrada en el CCT 130/75, resultando por lo menos llamativo que dicho “error” al que hace referencia en la demanda se reiterara en dos oportunidades (y no en una ocasión como lo menciona en su demanda), y que en los posteriores despachos telegráficos (fs. 80/82) nada aclarara al respecto. Más aun. Ni siquiera probó lo alegado en la demanda en el sentido que los días lunes, miércoles y viernes prestara servicios en el domicilio particular del demandado R., pues tal aserto no escapa al principio general que impone el art. 381, del CPCC.

Tal conclusión refuerza la insoslayable necesidad de hacer aplicación del principio de buena fe, que preside la ejecución del contrato (arts. 1198 C.C. y 63 LCT) y vinculado con él, la doctrina de los actos propios veda la contradicción con los propios actos anteriores, jurídicamente relevantes y plenamente eficaces.

Ya De la Vega Benayas señalaba que “el Código Civil es claro al decir que los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe. Formula aquí, en forma de mandato, un postulado de ética social, un deber de comportamiento conforme a la moral social imperante, vigente. Un postulado de moral general que, al interferir en las relaciones jurídicas, adopta la formulación de un principio general de Derecho, el de la buena fe, aplicado según las reglas de la tópica, es decir, conforme a las exigencias del caso o problema y a la concurrencia en él de circunstancias morales o de la ética imperante: honradez, rectitud, diligencia, ausencia de dolo o mala fe, cooperación, consideración del prójimo, como «topoi» reguladores o informadores” (De la Vega Benayas Carlos, “Teoría, aplicación y eficacia en las normas del Código Civil”, Edit. Cívitas, Madrid, 1976, p. 249).

De tal suerte que la buena fe es una regla de conducta “que exige a las personas de derecho una lealtad y una honestidad que excluya toda intención maliciosa. Es una norma de comportamiento que debería ser apreciada *in abstracto*; es una buena fe-lealtad que el derecho positivo impone en las relaciones contractuales y extracontractuales” (Ivon Loussouarn, M., La buena fe, en “Tratado de la buena fe en el derecho”, Lidia Garrido Cordobera (coord.), Edit. La Ley, Buenos Aires, 2004, T. II, p. 9).

De modo tal que la buena fe implica, entonces, una serie de obligaciones, que se tornan exigibles, según las circunstancias y naturaleza de la actuación del sujeto; el principio general de la buena fe siempre exige una actuación honesta, bienintencionada, pero esta obligación se desdobla en la obligación de información a la contraparte sobre aspectos esenciales del negocio a celebrar, la obligación de no actuar en forma reticente, es decir, silenciando aspectos centrales que afectan el consentimiento prestado, en la obligación de no contravenir con hechos las declaraciones o actuaciones anteriores, la obligación de no defraudar una confianza o apariencia generada, etc.

El principio general de la buena fe no constituye un puro elemento de un supuesto de hecho normativo, sino que engendra una norma jurídica completa, que además, se eleva a la categoría de un principio general de derecho; todas las personas, todos los miembros de una comunidad jurídica deben comportarse de buena fe en sus recíprocas relaciones, lealmente, no sólo en la fase previa, sino también en el desenvolvimiento de las relaciones jurídicas ya constituidas entre ellos (voto del doctor Noceti, ST Jujuy, Sala I, 9/3/84, “Vall de Alonso, Ester c/ Círculo de

Personal Subalterno de la Policía de Jujuy y otra", ED 109-165; CNCom., Sala B, 5/2/99, "Zunghiri, H. J. c. Sánchez, Carlos y otros", LL 1999-D, 193 y DJ 1999-2-127).

La frase empleada en la norma del art. 63, LCT es plenamente aplicable en el caso que nos ocupa, respecto de la obligación de la actora de ajustar la conducta a lo que es propio de una buena trabajadora, quien pese a manifestar reiteradamente que su jornada de trabajo comprendía los días lunes, miércoles y viernes ( fs. 76 y 79 cit) intenta posteriormente, al promover su demanda, desdecirse, sosteniendo que trabajaba de lunes a viernes, para obtener los beneficios de una indemnización más abultada ( cfr. mi voto en "V., A. E. C/ P. S.A.", Cámara de Apelaciones de Puerto Madryn, 22.05.12, 36/12, SDL).

El análisis de su conducta, con sus idas y venidas, sus cambios de opinión, no me permite, precisamente, asignar a la actora un comportamiento, ni siquiera aceptable.

En cuanto al convenio colectivo del sector, denunciado como tal a fs. 76 (CCT 130/75) y modificado en la demanda, pretendiendo la aplicación del 108/75, cabe agregar a las afirmaciones del Sr. Juez de voto anterior, que las normas emergentes de una convención colectiva de trabajo son auténtico derecho positivo, por lo que en virtud del principio *iura novit curia* corresponde traerlas *ex oficio* a consideración, máxime teniendo en cuenta que el artículo 1° de la L.C.T. (t.o. DT, 1976-238) establece que la relación laboral y el contrato de trabajo se rigen, entre otras normas, por las convenciones colectivas o laudos con fuerzas de tales -inciso "c" art 1, L.C.T. (t.o. DT, 1976-238)-, sin que sea necesario diligenciar prueba alguna para acreditarlo (Del voto del doctor Pasutti Superior Tribunal de Justicia de la Provincia del Chubut, "A., F.C. c. S... I.C.S.A. y/u otros", 26/04/2002, La Ley Online, AR/JUR/7012/2002). En tal sentido, el decisorio de autos entendió la aplicación del CCT 108/75, en razón que la prueba testimonial rendida se correspondía con las tareas de limpieza invocadas en la demanda, revistiendo en consecuencia en la quinta categoría b), "peón de limpieza", de ese marco regulatorio.

Se queja la parte demandada por entender que la sentencia dista de la realidad, ya que no existía una verdadera organización empresaria que hiciera aplicable al convenio mencionado, sino que se trataba de consultorios atendidos por distintos profesionales especialistas, locados de manera independiente.

El testigo T. (fs. 127) afirmó que las especialidades de los consultorios eran médicas y odontológicas (contestación a la pregunta 2ª), que los profesionales no se encuentran unidos por sociedad alguna, sino que alquilaba el lugar directamente (contestación a la pregunta 3ª).

Por su parte, el testigo B. (fs. 129) manifestó que alquila su propio consultorio (contestación a la 1ª repregunta), identificando otro, con el número "*" en el que atendía el demandado R. (contestación a la 1a repregunta).

Finalmente, el testigo A. (fs. 156) afirmó también locar su propio consultorio (contestación a las preguntas 9ª y 10ª), siendo que era su propia secretaria quien asignaba los turnos (contestación a la 8ª pregunta), en su especialidad, flebología (contestación a la pregunta 6ª).

De dichas declaraciones, tengo para mí, que "V." era un establecimiento conformado por consultorios independientes, alquilados en forma autónoma por cada uno de los profesionales en sus distintas especialidades, cuya locadora era la Sra. T. F. (ver declaraciones de los testigos B. y A.). No los unía ningún vínculo societario, ni constituía un centro de atención médica de índole institucional, distante en consecuencia de cualquier suerte de organización. De allí que, a mi juicio, no resulta de aplicación el CCT 108/75, sino el correspondiente al CCT 130/75, cuyo ámbito de aplicación abarca a todos los trabajadores que desempeñen como empleados u obreros en cualquiera de las ramas del comercio o en actividades civiles con fines de lucro (cfr. art. 2).

De tal suerte que coincido con el Sr. Juez de primer voto en que este aspecto de la queja debe ser admitido, con las consecuencias que se derivan de una jornada normal de 48 hs. de trabajo, reducidas proporcionalmente al tiempo efectivamente acreditado como laborado por la actora, es decir, lunes, miércoles y viernes, de 6,00 hs. a 08,30 hs.

**2.2.**

También he de coincidir con el Dr. Fiordelisi que resulta inadmisible en esta Instancia analizar la falta de legitimación del demandado, por no haber sido planteada en la oportunidad procesal correspondiente.

El art. 280, del CPCC veda a este Cuerpo tratar aquellas cuestiones que no hubieran sido sometidas al juzgador de la Instancia anterior. Debe desestimarse este aspecto de la queja.

**2.3.**

Considerando que el análisis del agravio sobre la falta de legitimación y el erróneo cálculo de la indemnización derivada del art. 15, ley 24.013 se torna abstracto a esta altura de los fundamentos, considero en cambio, que debe darse tratamiento a la queja que indica que no se cumplió con la notificación que la norma legal exige al ente oficial recaudador.

El art. 15, 2ª parte, LNE es claro en cuanto señala que "la duplicación de las indemnizaciones tendrá igualmente lugar cuando fuere el trabajador el que hiciere denuncia del contrato de trabajo fundado en justa causa, salvo que la causa invocada no tuviera vinculación con las previstas en los artículos 8, 9 y 10, y que el empleador acreditare de modo fehaciente que su conducta no ha tenido por objeto inducir al trabajador a colocarse en situación de despido".

Tal como lo ha señalado el Corte Suprema de Justicia, Fallos 328:1745) y en sentido coincidente con lo señalado por el Sr. Juez Dr. Fiordelisi, la

exigencia del art. 11 en orden a la notificación a AFIP no es aplicable a la multa de la que da cuenta la norma citada, sino a la de los arts. 8,9 y 10. Siendo un deber moral sujetarse a la interpretación de nuestro Máximo Tribunal federal, y a todo evento, frente a la posibilidad de la introducción de un remedio extraordinario, considero que esa es la doctrina aplicable al caso y debe, en consecuencia, desestimarse la queja planteada en este aspecto.

**3.**

Coincido en que, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 282, del CPCC, no existe mérito para modificar la imposición de costas y regulación de honorarios dispuesta en la Instancia anterior.

**4.**

Con respecto a las costas de la presente Instancia, estimo que las mismas deben ser soportadas en un 30% por la parte actora, y en un 70% por la parte demandada (art. 72, del CPCC).

En cuanto a los honorarios del profesional interviniente en Alzada, soy partidario de fijarlos en el modo en que lo formula el Dr. Fiordelisi en el voto anterior.

Por tales razones voto **PARCIALMENTE** por la **AFIRMATIVA**.

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

De compartir mi colega de esta Excma. Cámara mi propuesta al Acuerdo, el pronunciamiento que corresponde dictar es el siguiente:

**1) REVOCAR PARCIALMENTE** la sentencia dictada a fs. 253/264 en las cuestiones relativas a: los días, horario de labor, categoría y C.C.T. aplicable

a la parte actora, confirmándola en todo lo demás que ha sido materia de agravio.

**2) DEJAR SIN EFECTO** la liquidación que contiene la sentencia dictada en primera Instancia y que debe ser abonada por la parte demandada, atento los puntos de la decisión de la a quo que han sido revocados por este Cuerpo.

**3) DISPONER** que en la etapa de ejecución de sentencia, la Perito Contadora actuante en autos practique una nueva liquidación determinando: a) las remuneraciones que le correspondieron percibir a la parte actora durante el término de la relación laboral, atento haber trabajado los días lunes, miércoles y viernes, en el horario de 06,00 a 08,30 hs., siendo su categoría la de "maestranza" y aplicando el CCT N° 130/75, fundamentando su conclusión; b) las "diferencias salariales" que existen a favor de la actora y cuál es su importe discriminándolo mes por mes durante todo el período de trabajo incluyendo el SAC, fundamentando su conclusión; c) el importe que le corresponde abonar al demandado conforme la norma del art. 232 LCT, fundamentando su conclusión; d) el importe que le corresponde abonar al demandado conforme lo dispuesto por el art. 233 LCT, fundamentando su conclusión; e) el importe que le corresponde abonar al demandado conforme lo dispuesto por el art. 245 LCT, fundamentando su conclusión; f) el importe que le corresponde abonar al demandado de conformidad con lo dispuesto por el art. 15 de la LNE, fundamentando su conclusión; g) el importe que le corresponde abonar al demandado conforme lo dispuesto por el art. 178 LCT, fundamentando su conclusión; h) el importe que le corresponde abonar al demandado de conformidad con lo dispuesto por el art. 2 de la Ley 25.323, fundamentando su conclusión; i) el importe que le corresponde abonar al demandado conforme lo normado por el at. 45 de la Ley 25.345, fundamentando su conclusión; y j) el importe total por el que prospera la

demanda conforme la totalidad de los rubros que componen la liquidación y que debe abonar el demandado a la parte actora, dentro del plazo y con los intereses fijados en la sentencia dictada en primera instancia.

**4) CONFIRMAR** las costas impuestas y los honorarios regulados en la Instancia anterior, sin perjuicio de lo dispuesto por el art. 282 del CPCC.

**5) IMPONER** las costas de la presente Instancia en un 70% a la parte demandada y en un 30% a la parte actora (arg. art. 72 y concs. CPCC).

**6) REGULAR** los honorarios, por su actuación en la Alzada, del letrado apoderado de la parte demandada, Dr. L. A. N., en el 30% de los que les corresponde percibir por su actuación en primera Instancia (conf. arts. 5, 7, 13, 38, 46 y concs. Ley XIII N° 4 y su modificat.).

**7) REGISTRESE, NOTIFIQUESE y DEVUELVASE**.

**A LA SEGUNDA CUESTIÓN**, el Sr. Juez de Cámara Dr. Mario Luis VIVAS, dijo:

Que en orden a lo expuesto precedentemente, corresponde que el pronunciamiento a dictarse sea el propuesto por mi colega de Cámara.

Así lo voto

Con lo que se dio por terminado el acuerdo, dejándose constancia que la presente se dicta por dos jueces de Cámara por haber alcanzado mayoría, pasándose a dictar sentencia.

Puerto Madryn, de febrero de 2013.

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 PARCIALMENTE** la sentencia dictada a fs. 253/264 en las cuestiones relativas a: los días, horario de labor, categoría y C.C.T. aplicable

a la parte actora, confirmándola en todo lo demás que ha sido materia de agravio.

**2) DEJAR SIN EFECTO** la liquidación que contiene la sentencia dictada en primera Instancia y que debe ser abonada por la parte demandada, atento los puntos de la decisión de la a quo que han sido revocados por este Cuerpo.

**3) DISPONER** que en la etapa de ejecución de sentencia, la Perito Contadora actuante en autos practique una nueva liquidación determinando: a) las remuneraciones que le correspondieron percibir a la parte actora durante el término de la relación laboral, atento haber trabajado los días lunes, miércoles y viernes, en el horario de 06,00 a 08,30 hs., siendo su categoría la de "maestranza" y aplicando el CCT N° 130/75, fundamentando su conclusión; b) las "diferencias salariales" que existen a favor de la actora y cuál es su importe discriminándolo mes por mes durante todo el período de trabajo incluyendo el SAC, fundamentando su conclusión; c) el importe que le corresponde abonar al demandado conforme la norma del art. 232 LCT, fundamentando su conclusión; d) el importe que le corresponde abonar al demandado conforme lo dispuesto por el art. 233 LCT, fundamentando su conclusión; e) el importe que le corresponde abonar al demandado conforme lo dispuesto por el art. 245 LCT, fundamentando su conclusión; f) el importe que le corresponde abonar al demandado de conformidad con lo dispuesto por el art. 15 de la LNE, fundamentando su conclusión; g) el importe que le corresponde abonar al demandado conforme lo dispuesto por el art. 178 LCT, fundamentando su conclusión; h) el importe que le corresponde abonar al demandado de conformidad con lo dispuesto por el art. 2 de la Ley 25.323, fundamentando su conclusión; i) el importe que le corresponde abonar al demandado conforme lo normado por el at. 45 de la Ley 25.345, fundamentando su conclusión; y j) el importe total por el que prospera la

demanda conforme la totalidad de los rubros que componen la liquidación y que debe abonar el demandado a la parte actora, dentro del plazo y con los intereses fijados en la sentencia dictada en primera instancia.

**4) CONFIRMAR** las costas impuestas y los honorarios regulados en la Instancia anterior, sin perjuicio de lo dispuesto por el art. 282 del CPCC.

**5) IMPONER** las costas de la presente Instancia en un 70% a la parte demandada y en un 30% a la parte actora (arg. art. 72 y concs. CPCC).

**6) REGULAR** los honorarios, por su actuación en la Alzada, del letrado apoderado de la parte demandada, Dr. L. A. N., en el 30% de los que les corresponde percibir por su actuación en primera Instancia (conf. arts. 5, 7, 13, 38, 46 y concs. Ley XIII N° 4 y su modificat.).

**7) REGISTRESE, NOTIFIQUESE y DEVUELVASE**.

REGISTRADA BAJO EL N°  /13. SDL