En la ciudad de Puerto Madryn, a los días del mes de junio del año 2015, se reúne la Excma. Cámara de Apelaciones, con la Presidencia del Dr. Heraldo Enrique Fiordelisi y la asistencia de los Sres. Jueces de Cámara María Inés de Villafañe y Dr. Mario Luis Vivas para celebrar Acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **"C., C. d. V. c/ O.S.P.E.C.O.N. s/ Cobro de Pesos e indem. de ley" (Expte. Nº 89/ 2015)** venidos del Juzgado Laboral N°2 (Expte. Nº 10074/12) de esta ciudad, en apelación. Los Sres. Magistrados resolvieron plantear las siguientes cuestiones: **PRIMERA:** ¿Es justa la sentencia apelada? **SEGUNDA:** ¿qué pronunciamiento corresponde dictar? y expedirse conforme el sorteo practicado a fs. 281.

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

1 – Antecedentes

Se encuentran a estudio de esta Alzada los presentes actuados en virtud del recurso de apelación interpuesto a fs. 262 por la parte demandada contra la sentencia dictada en la Instancia originaria a fs. 250/259 vta. y que le fuera concedido a fs. 263. Expresó agravios la recurrente a fs. 264/269, siendo contestado por la actora a fs. 271/276 vta. el traslado conferido de los mismos.

2 – Sentencia

La sentencia recurrida hizo lugar a la demanda y condenó a O.S.P.E.C.O.N. a abonar a C. d. V. C., dentro del quinto día y mediante depósito judicial, la suma de $ 141.685,48.-, más los intereses a la tasa activa del Banco del

Chubut S.A. desde la exigibilidad de cada crédito hasta su cancelación; impuso las costas a la demandada y reguló los honorarios de los profesionales intervinientes.

Según la sentencia de la Inferior, la cuestión controvertida se sitúa en torno al desconocimiento formulado por la accionada respecto de los certificados otorgados por la profesional Psicóloga Silvia A. Carrasco del Servicio de Salud Mental del Hospital Dr. A. Isola de Puerto Madryn presentados por la trabajadora (conf. fs. 20, 22 y 23).

Inicialmente la a quo estimó ilegítimo el despido dispuesto por la demandada el 19/10/2011 invocando abandono de trabajo (art. 244 LCT), considerando no ajustada a derecho la conducta de la patronal.

La conclusión de la a quo se basó en que si la accionada estaba disconforme con el diagnóstico expresado y el reposo laboral prescripto o dudaba de la veracidad de la situación reflejada en los certificados acompañados por la trabajadora y recibidos por la patronal, tenía la posibilidad de ejercer su derecho de control de la enfermedad –lo que no hizo— o, a todo evento, la realización de una junta médica, pero lo que no podía hacer era retener salarios de la trabajadora enferma, que había comunicado su dolencia y justificado su existencia con los certificados extendidos por la Psicóloga tratante. Remarcó la sentencia que, comunicada la enfermedad, el empleador puede o no controlarla, pero si no lo hace no puede discutir la existencia de la dolencia y la duración del reposo laboral.

Analizó luego la a quo que el día 19/10/2011 la empleadora notificó a la actora su despido por considerar que había incurrido en “abandono de trabajo” (art. 244 LCT). En lo que hace a esta cuestión, dice la sentencia que la trabajadora solo estaba obligada a notificar que se encontraba enferma y con la presentación de los certificados emitidos por la Psicóloga tratante

superó la exigencia del simple aviso que impone el art. 209 LCT. Agregó que si la empleadora no ejerció el control de la dolencia carga con su propia negligencia, no puede desconocer la situación que le fue comunicada oportunamente y que la LCT no impone al trabajador la obligación de acompañar certificado médico sino la de dar aviso al empleador sobre la imposibilidad de concurrencia (art. 209 LCT). Concluyó que el despido dispuesto invocando "abandono de trabajo" devino ilegítimo e incausado, sin dejar de reparar que en esa fecha la trabajadora dispuso su despido invocando injuria laboral mediante la remisión del telegrama cuya copia obra a fs. 16.

En lo que hace a la figura del "abandono de trabajo", ha dicho la a quo que para su configuración debe evidenciarse una clara e inequívoca actitud del trabajador en el sentido de romper el contrato de trabajo, que el mismo encierra renuncia, pero no puede inferirse cuando un trabajador se encuentra enfermo. En este caso, según la sentencia en crisis, no hubo un comportamiento de la actora que permita inferir su intención de no retomar sus tareas, ni actitud que pueda presuponer la voluntad de abdicar de la trabajadora. Es por ello que el despido resulta injustificada y contrario a derecho, atento a que la patronal tenía cabal conocimiento de las razones por las que la actora no concurría a prestar tareas. Es por ello que hizo lugar a las indemnizaciones por despido incausado conforme lo reclamado en la demanda.

A los efectos de cuantificar las indemnizaciones tuvo en cuenta la a quo los datos de la Pericia Contable practicada en autos, a excepción del cálculo de los salarios conforme el art. 213 LCT.

Con respecto a la pretensión del pago de los salarios en base al art. 213 LCT,

hizo lugar a la misma, como así también al incremento indemnizatorio previsto por el art. 2 de la Ley 25.323 y la indemnización del art. 80 LCT conforme la Ley 25.345.

3 – <u>Agravios de la demandada</u>

3.1) En la primera queja plantea la demandada que ha existido una errónea valoración de la plataforma fáctica por parte de la sentenciante.

Según expresa en su presentación, la disolución del vínculo aconteció aquí en el marco del art. 246 LCT (despido indirecto), como lo invocó la actora al demandar y la a quo lo ha encuadrado como un despido directo, apartándose de lo realmente sucedido. Según la demandada, la a quo debió determinar si resultaron probadas o no las injurias invocadas por la actora en su carta documento del 18/10/2011 mediante la cual se dio por despedida y agrega que la extinción de la relación laboral se produjo por causas distintas no abordadas por la juzgadora. Concluye expresando que la actora no ha probado una causa legítima para considerarse despedida y tal extremo debió sellar la suerte adversa de su reclamo.

3.2) Esgrime la apelante que se omitieron considerar argumentos relevantes oportunamente planteados.

En este punto reitera lo expuesto en la contestación de la demanda referido a que el "estrés laboral" no es una enfermedad, que no figura en el Nomenclador Nacional de Prestaciones Médicas, ni en el Programa Médico Obligatorio y menos en el Listado de Enfermedades Profesionales (Dec. 658/96). Transcribe jurisprudencia acerca de que el "stress" no es una enfermedad.

Dentro de este mismo punto hace referencia al certificado expedido por la Psicóloga Silvia A. Carrasco. Considera que el mismo es inidóneo para justificar las inasistencias de la actora y que con su presentación no se cumplió la norma del art. 209 LCT. Reitera que la certificación de un Psicólogo no justifica las inasistencias laborales si no media una enfermedad o accidente. Según su postura, ninguna carga tenía su parte de controlar una enfermedad inexistente ni realizar una Junta médica e insiste en que los malestares físicos y psicológicos de la actora debían ser diagnosticados por un profesional de la medicina si pretendía ampararse en el art. 208 LCT.

Culmina afirmando que la actora no acreditó haber padecido ninguna enfermedad que le imposibilitara trabajar y ni siquiera notificó oportunamente ningún evento de tal índole. Es por ello, agrega, que es improcedente reprochar a su parte la omisión de un contralor que no estaba obligada a realizar, toda vez que ninguna enfermedad debía verificar.

3.3) En el último agravio se plantea que hay una arbitraria liquidación del monto de condena.

Expresa que planteó al contestar la demanda una objeción a la aplicación del CCT 426/06 en base a que O. estuvo ausente de representación en la celebración de dicho convenio. Refiere que O. no está afiliada a la F. y mucho menos a las otras entidades que suscribieron dicha normativa; que para que un convenio le sea aplicable a una actividad los empleadores deben haber estado representados al celebrarse dicha convención y que en la contestación de demanda se opuso a la pretensión de aplicar el CCT en cuestión.

Culmina plasmando que la a quo no dedicó ningún párrafo a desacreditar su planteo y adoptó las escalas salariales y cláusulas del mencionado cuerpo normativo para calcular la cuantía de los rubros concedidos a la actora.

Solicita que, en caso de confirmarse la decisión, se modifique la liquidación practicada en la sentencia ajustando los valores según los salarios percibidos que surgen de los recibos de haberes presentados por la actora, desestimándose el rubro "diferencias salariales".

4 – <u>Tratamiento de los agravios</u>

4.1 – <u>Errónea valoración de la plataforma fáctica</u>

En este punto expresa la queja: *"…la "a quo" encuadra el distracto como un despido directo, apartándose de lo realmente sucedido…"* (fs. 265). Basa esta afirmación en que -según expone el apelante- la a quo no debió dilucidar en su decisión final si se configuró o no un "abandono de trabajo" por parte de la actora sino determinar si resultaron probadas o no las injurias invocadas por aquélla en el envío postal del 18/10/2010 por el cual se dio por despedida. La verificación sobre si la a quo se apartó o no de los "hechos" realmente sucedidos, debemos efectuarla a partir del planteo realizado por la demandada en su contestación de la demanda frente al reclamo indemnizatorio formulado por la actora (conf. art. 360 CPCC).

Analizando la contestación de demanda, vemos que luego de la negativa puntual y de una breve referencia a los hechos ocurridos, se remite la parte al intercambio postal que reconoce, desarrollando posteriormente el punto "X": *"De la Improcedencia de la Demanda"* (fs. 60 vta./64). En este apartado, la demandada se dedica a descalificar los "certificados" presentados por la parte actora como justificativos de su dolencia, a que el "estrés" no es una enfermedad, a que la dolencia alegada por la actora no podía considerarse una enfermedad, que resultó justificado que su parte exigiera a la actora la presentación de un certificado expedido por un médico y no por una

psicóloga y a que resultó justificada su conducta de disponer el despido de la reclamante por la causal de "abandono de trabajo". Ningún planteo, análisis, ni petición clara y concreta realizó la demandada sobre la figura del *"despido indirecto"* dispuesto por la actora.

Resulta entonces de una claridad meridiana que en ningún momento la demandada planteó en su contestación de la demanda lo que esgrime en el punto de su expresión de agravios que estoy aquí considerando.

O sea, la demandada imputa a la sentenciante un supuesto apartamiento de los hechos ocurridos pues -según su postura- lo que debió dilucidar no es si se configuró o no *"abandono de trabajo"* sino si se dieron las causales para que la actora se diera por despedida (*"despido indirecto"*). Con lo cual resulta de una claridad meridiana que introduce -vía expresión de agravios- una cuestión que no esgrimió claramente al contestar la demanda, pudiéndolo haber hecho dado que se trata de hechos sucedidos antes de promoverse este proceso.

Debe tenerse en cuenta que la contestación de la demanda produce los siguientes efectos: 1°) queda trabada la litis (arts. 357 y 59); 2°) se pierde el derecho a oponer la prescripción en lo sucesivo (art. 3982 Cód. Civ.); 3°) fija definitivamente la competencia del juez (arts. 2, 4 y 345, inc. 1°); 4°) establece en forma definitiva el marco del debate, tanto respecto de la prueba como de la sentencia (arts. 364 y 163, inc. 6°); 5°) de lo anterior surge que fija las pautas del "objeto litigioso" y 6°) estas consecuencias se presentan aun para el rebelde (arts. 59 y sigs.) (conf. ARAZI-BERMEJO-DE LAZZARI-FALCON-KAMINKER-OTEIZA-ROJAS, "Cód.Proc.Civ.Com. Pcia. Bs.As.", Rubinzal-Culzoni, T. I, pág. 753).

No está demás destacar que la contestación de la demanda fija en forma definitiva los hechos litigiosos, que en tanto sean controvertidos y

conducentes constituirán objeto de la prueba. Además, delimita el *tema decidendum* y enmarca la decisión judicial, que debe respetar el principio de congruencia (conf. ALSINA, *"Tratado…"*, T. III, pág. 173; PALACIO, L.E., *"Derecho Procesal Civil"*, T. VI, págs. 154/155).

La contestación a la demanda tiene así para el accionado especial importancia, por cuanto fija el alcance de sus pretensiones y con ella queda integrada la relación procesal, como establecidos los hechos materia de prueba y ulterior decisión. Este acto procesal del demandado debe guardar una relación de simetría con el escrito inicial del actor, en cuanto el accionado concurre a constituir el proceso y la relación procesal. El cumplimiento de tal extremo es de superlativa importancia, no sólo porque contribuye a identificar el proceso, sino porque suministra el material decisorio a que hace referencia el art. 163, inciso 6° del CPCC [art. 165, inc. 6°, CPCC Pcial.] (conf. CNCiv., Sala F, 10/03/80, ED 89-342).

Es por ello que el aspecto central de la contestación a la demanda precisa cuáles son los hechos controvertidos y cuáles las defensas que se invocan como obstáculos al progreso de la pretensión de la contraparte y, como consecuencia, establece los aspectos que deberán ser materia de prueba y las cuestiones que el juez deberá considerar en el fallo (conf. CNFed.Civ.Com., Sala II, 24/10/80. JA 1981, III, pág. 574 o ED 92-719).

Frente a lo hasta aquí expuesto, vemos que la a quo dijo expresamente en su decisión recurrida: *"…Atento los términos en que ha sido planteada la litis, la cuestión controvertida se sitúa en torno al desconocimiento formulado por la accionada respecto de los certificados otorgados por la profesional psicóloga Silvia A. Carrasco MP00122 del Servicio de Salud Mental del Hospital Dr. A. Isola de Puerto Madryn presentados por la trabajadora y cuyas copias son acompañadas a fs. 20, 22 y 23…"* (fs. 254). Frente a la claridad de lo transcripto, considero

inatendible la postura de la recurrente al afirmar que ha existido una "errónea valoración de la plataforma fáctica" por parte de la Magistrada a quo. La posición asumida y enmarcada por la parte demandada al contestar la demanda y que ya he referido aquí, tornan indudablemente válido lo determinado por la sentencia en crisis. Por lo tanto, en modo alguno ha existido un apartamiento de lo realmente sucedido, tal como se afirma en la queja.

Lo hasta aquí expuesto es relevante porque los límites de la jurisdicción abierta por el recurso de apelación están dados por los capítulos litigiosos propuestos al inferior y no por la sentencia apelada; es decir que si bien el recurso contra el pronunciamiento abre la jurisdicción de la Alzada a efectos de resolver sobre la justicia del mismo, ello no posibilita fallar sobre tema alguno que no hubiese sido propuesto a la decisión de aquél (conf. Cám.Civ.Com. M. del Plata, Sala II, 29/11/05, cit. en ARAZI…, "Cód. Proc.", T.I, pág. 500). El órgano jurisdiccional, consecuentemente, sólo debe fallar conforme a las pretensiones deducidas en juicio, que hubieren sido planteadas en la debida oportunidad, según las reglas que gobiernan el proceso (ver MORELLO-SOSA-BERIZONCE, "Cód.Proc.Civ.Com.", T. III, pág. 400 y sigs.).

Sin perjuicio de lo hasta aquí expuesto y fundamentado, no ha reparado la quejosa que la sentenciante ha sido clara, al evaluar la conducta de la empleadora, al decir que *"…lo que no podía hacer era retener salarios de la trabajadora enferma…"* (fs. 254 *"in fine"*). Es indudable que, al así expresarse, la a quo justificó la actitud asumida por la dependiente al sentirse injuriada por la conducta de la patronal.

En virtud de lo fundamentado y de conformidad con lo hasta aquí

desarrollado, es evidente que ha sido acertado el enfoque de la a quo sobre la cuestión central controvertida que debió decidir y de allí que sea manifiestamente improcedente el planteo realizado por la recurrente correspondiendo rechazar su queja (conf. arts. 165 inc. 6°, 166, 274, 280, 360 y concs. CPCC).

4.2 – <u>Omisión de considerar argumentos relevantes</u>

El segundo agravio constituye una clara y manifiesta reiteración de lo expuesto por la demandada al contestar la demanda con relación a la invalidez del certificado expedido por una Psicóloga; que ninguna carga tenía su parte de controlar una enfermedad inexistente ni de realizar una Junta Médica; que los malestares físicos como psicológicos de la actora debían ser diagnosticados por un profesional de la medicina se pretendía ampararse en el art. 208 LCT; que la actora no acreditó haber padecido ninguna enfermedad que le imposibilitara trabajar y que ni siquiera notificó oportunamente un evento de tal índole.

Tengo en claro que, si bien la a quo no trató específicamente la cuestión relacionada con el estrés y tampoco determinó si el mismo constituye o no una enfermedad con entidad para justificar la inasistencia laboral, ha sido lo suficientemente clara al decidir, con fundamentación suficiente, que la conducta esgrimida por la dependiente resultó ajustada a la ley al cumplimentar los pasos que la misma exige en los casos de ausencia por enfermedad y de allí que el agravio en tratamiento sólo exhiba una postura personal de la parte sobre el tema resuelto por la a quo y una clara discrepancia y disconformidad con sus conclusiones, sin llegar a demostrar su yerro.

No basta sostener que la sentencia de la jueza es errónea, injusta o contraria a derecho, sino que hace a la esencia del cumplimiento de la carga procesal de expresar agravios, demostrar de acuerdo con la lógica y en concierto con la ley, por qué la jueza yerra o incurre en error al juzgar (conf. Cám.1ª.Civ.Com.B.Blanca, DJBA, 117, pág. 404).

Por otra parte, la expresión de agravios debe autoabastecerse y no cabe remitirse a los argumentos sostenidos en primera instancia, pues ello no cumplimenta la carga de realizar la crítica concreta y razonada de la sentencia impugnada. Es por ello que la impugnación del fallo reproduciendo argumentos de actuaciones anteriores, no constituye expresión de agravios. Por lo que tampoco da cumplimiento a la carga procesal en cuestión las simples manifestaciones en las que se repite lo expuesto en la contestación de la demanda (conf. SCBA, La Ley 70-460; DJBA, 39 pág. 390; Cám.Civ.Com.1ª.,Mercedes, La Ley 138-221; DJBA, 91 pág. 69; Cám.1ª.Civ.Com.B.Blanca, DJBA, 54 pág. 145; JA, 1966, II, pág. 424).

A lo dicho corresponde agregar que resulta ineficaz la expresión de agravios que se limita a consignar una mera disconformidad con lo resuelto por el sentenciador, pero sin concretar, ni siquiera aproximadamente, cuáles son los motivos por los cuales se considera el fallo erróneo, injusto o contrario a derecho. Es por ello que no basta, consecuentemente, con argüir que lo decidido es exagerado o desmedido, pues ello, mientras no se demuestre que existe un juicio erróneo o no arreglado a derecho -lo cual no puede logarse a través del empleo de expresiones teñidas de un alto subjetivismo-, incurre en una disconformidad que no alcanza a tener el nivel técnico mínimo que requiere una expresión de agravios (conf. Cám.2ª., Sala I, La Plata, C. B-53.363, reg. sent. 42/83; MORELLO, A.M., *"Códigos…"*, T. III, pág. 339, Ed. Platense-A.Perrot).

Es por ello que si no se formulan los agravios concretos y razonados sobre cada uno de los puntos que integran el tema en debate y que fueron considerados por la a quo, quedan consentidos aquéllos sobre los cuales no se da cumplimiento a esa carga (conf. CSJN, 29/08/69, La Ley 137-538; CNCiv., Sala D, 13/11/58, ED 11-633; CNCiv., Sala D, 24/07/73, La Ley 154108). Resulta claro, por lo dicho, que deben tenerse por firmes todas las conclusiones del fallo recurrido que no han sido eficazmente controvertidas por la apelante en su expresión de agravios. Es ésta la consecuencia más grave para la recurrente porque no se ataca válidamente la conclusión esencial del fallo, al resultar insuficiente el recurso, de esa manera la misma queda firme y asegura sí el sustento del decisorio (conf. SCBA, Ac. y Sent., 1974, II, pág. 694).

Lo hasta aquí expuesto conduce a declarar desierto este punto de la queja en tratamiento (art. 268, 269 CPCC).

4.3 – <u>Arbitraria liquidación del monto de condena – Inaplicabilidad del CCT 462/06</u>

4.3.A) En este punto plantea la apelante la incaplicabilidad del CCT 462/06. Esgrime que expuso en la contestación de la demanda las razones por las que no corresponde su aplicación; que ello no fue tratado por la a quo en la decisión recurrida y que en la sentencia se aplicó la escala salarial y cláusulas del mencionado cuerpo normativo para calcular la cuantía de los rubros concedidos a la actora cuando el mismo no es aplicable a su parte.

No habiendo la a quo considerado expresamente la problemática sometida a su decisión y habiéndose ello expuesto al fundar el recurso, corresponde que esta Alzada se expida (art. 281 CPCC).

Viene al caso recordar que el procedimiento que tiene por objeto

determinar cuál es el convenio colectivo aplicable a un universo dado de trabajadores se conoce como *"encuadramiento convencional"*.

En los conflictos de encuadramiento convencional existe una disputa referida al convenio colectivo que resulta aplicable a un grupo de trabajadores, la que debe ser resuelta teniendo en cuenta esencialmente dos aspectos, a saber: la representatividad de cada una de las partes (patronal y sindical) reconocida por el Estado (en el caso de los sindicatos con personería) al momento de suscribir un determinado Convenio Colectivo de Trabajo, y la determinación de la actividad principal del establecimiento en el que prestan servicios los trabajadores en cuestión, cuando en el mismo se realizan actividades u oficios diferenciados con distintos colectivos en cada segmento.

Nuestro sistema legal no prevé un procedimiento específico para la resolución de los conflictos de encuadramiento convencional, la doctrina ha considerado en forma más o menos unánime que cualquier controversia que se suscite al respecto debe ser ventilada por ante el juez laboral, que es la autoridad naturalmente competente para decidir en cualquier controversia vinculada con la aplicación y/o interpretación de normas laborales como las convencionales (conf. DE DIEGO, N.G. – DE DIEGO, J.A., *"Representatividad y encuadramiento sindical y convencional. A propósito del caso 'Maxiconsumo'"*, La Ley 2013-D, 678).

Cuando la parte actora y la parte demandada señalan en juicio la aplicación de dos convenciones colectivas "de actividad" diversas, el Juzgador debe revisar la representación de las partes signatarias, de modo de tener claro si el ámbito de aplicación de los convenios colectivos concuerda con la representatividad de los respectivos firmantes. Es ésta la línea fijada por la CNAT, Sala III, in re *"Ghiglino, V.H. c/ Cooperadora de Acción Social Coas"*,

23/11/2010 (DT 2011 (noviembre), 2934), entre otros pronunciamientos coincidentes.

Resulta importante destacar que el CCT 462/06 -cuya aplicación pretende la parte actora- fue concertado entre U. (U. T. d. E. D. y C.) como representación Sindical, haciéndolo por la representación Empleadora: F. (F. E. d. E. D. y A. C.), A. (A. R.d. E. D. A.), U. (U.E. d. l. P.d. C.) y el C. R. D. R.(Chaco) y que, conforme el informe obrante a fs. 165 suministrado por F.: *"…la O.S. d. P. d. l. C. (O.)…no se encuentra asociada a nuestra entidad…"*.

Así las cosas, tengo en cuenta que se ha decidido de manera reiterada que, al no haber intervenido la demandada en la negociación y suscripción del acuerdo mencionado, resulta improcedente aplicar un convenio colectivo a una empresa que no estuvo representada en el proceso negociador (conf. CNAT, Sala X, in re *"Henriques, J.S. c/ Corporación Avícola SA y Otro s/ Despido"*, SD 17.181 del 30/12/09) y que la obligatoriedad de las convenciones surge del examen de las representaciones de ambas partes,

extendiéndose sobre la zona en la que coincidan unas y otras

representaciones y no por lo que disponga su ámbito de aplicación personal (conf. CNAT, Sala X, in re *"Moroni, V.M. c/ Atento Argentina SA y Ot. s/ Diferencia de Salarios s/ Despido"*, SD 16.028 del 15/04/08; íd., íd., in re *"Federación Argentina de Empleados de Comercio y Servicios c/ Soc. Damas de la Misericordia Flox"*, 21/05/2010, DT 2010 (agosto), 2147).

La dificultad probatoria relativa a la capacidad representativa de las partes signatarias de un convenio colectivo, puede ser una explicación a la denuncia que realiza R. M., cuando afirma que en el fuero se ha tergiversado el fallo plenario *"Risso, Luis P. c/ Química La Estrella"* (CNAT, Plenario N° 36, 22/03/57), pues los jueces resuelven de manera automática que el convenio colectivo aplicable es el que corresponde a la actividad principal del

establecimiento, simplificando lo debatido en dicho plenario, cuyo punto central se centró en el hecho de que Q. E. no había estado representada en la convención colectiva horizontal (viajantes de comercio) cuya aplicación se pretendía. Y agrega este autor: *"se ha extendido, propagado llamativamente por simplificación inconcebible, una doctrina que no es la adoptada por el tribunal en pleno. Porque… se ha olvidado que la condición a la que se hace referencia para establecer la aplicación del convenio correspondiente a la actividad y no al oficio, profesión o categoría es la de*

que el empleador no haya estado representado" (conf. RODRIGUEZ MANZINI, J., *"Tratado de Derecho del Trabajo"*, Dir. Mario Ackerman, T. VII, págs. 372/374, Ed. Rubinzal Culzoni; ALFIE, A.C., ob. cit.).

En el caso en tratamiento, es indudable que la a quo resolvió aplicar el CCT 462/06 pretendido por la reclamante ya que el mismo fue tenido en cuenta por el Perito Contador al realizar su dictamen determinando los importes que deben ser abonados a la dependiente por los diferentes rubros

reclamados en autos y ello fue avalado por la sentenciante a excepción del reclamo en base al art. 213 LCT.

Si se tiene en cuenta que el empleador no intervino por el sector patronal en la negociación que plasmó el CCT N° 462/06, según hemos visto supra, no he de compartir esta decisión de la a quo en virtud de lo anteriormente expuesto y fundamentando, lo cual está avalado por la doctrina y jurisprudencia del fuero. O sea, ningún empleador no afiliado puede quedar obligado por un CCT si no intervino en la negociación del mismo como integrante del sector patronal, ya sea por estar afiliado a una asociación profesional empresaria o por al menos un grupo representativo de empleadores de la actividad (conf. CNAT, Sala I, 17/01/2000, *"Federac. Emp. de Transporte de Pasajeros de Córdoba c/ Estado Nacional y Otro"*; cit. por

CABALLERO, J. y PICO, J.E. en *"Asociaciones Sindicales de Empleadores", "Tratado de Derecho del Trabajo"*, Dir. Mario E. Ackerman, T. VII, Ed. Rubinzal Culzoni, 2007). Por otra parte, ello es lo que surge del art. 16 de la Ley 14.250 (ref. por Ley 25.877), al decir: *"Los convenios colectivos tendrán los siguientes ámbitos personales y territoriales conforme a lo que las partes acuerden dentro de su capacidad representativa…"*.

Viene al caso remarcar que la jurisprudencia es mayoritaria en declarar que: *"El ámbito de aplicación de los convenios colectivos se encuentra dado…por la representatividad de los respectivos firmantes… y de allí que … no puede quedar obligado por el convenio un empleador si no intervino en el mismo en representación del sector patronal, una asociación patronal o al menor, un grupo de empleadores de dicha actividad"* (CNAT, Sala VI, 08/06/09, *"Lo Presti M.A. c/ Atento Argentinna SA y Ot. s/ Despido"*; CNAT, Sala I, 13/07/99, *"Fresser R. y Ots. c/ Tres Cruces SA y Ot. s/ Dif. de Salarios"*; CNAT, Sala X, 29/06/99, *"Pedraza H. c/ Search Org. de Seg. y Ot. s/ Dif. de Salarios"*).

O sea, no basta con verificar la representación del sector gremial sino que también debe analizarse la que le corresponde a la parte empresaria.

Voy concluyendo y sigo respondiendo a la queja, diciendo que es preciso tener definitivamente en claro -además de lo hasta aquí expuesto- 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"*, La Ley Online) y que tampoco puede optarse por alguno que sea más favorable (conf. CNAT, Sala I, 10/05/99, *"Morales, L.A. c/ Servicios y Construcciones SRL y Ot. s/ Despido"*, donde se decidió que *"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 (conf. SCOTTI, H.J. – DUBRA, D., *"Algunas reflexiones acerca del encuadramiento convencional a propósito de un fallo de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo"*, DT 2010 (octubre), 2635), que no es lo que ha ocurrido en este caso.

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

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

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

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

Conclusión: no sólo no ha acreditado la parte actora que la empleadora haya estado representada legalmente en la negociación y firma del CCT 462/06

dentro de cuyos términos pretende incluir su relación laboral, sino que la no participación de la patronal está ratificado por el informe de fs. 165. Por lo tanto, conforme he desarrollado hasta aquí, no puede quedar la demandada obligada por los términos del mismo, tal como lo resolviera la sentencia recurrida al admitir los rubros liquidados por el perito conforme el mencionado CCT, lo que conduce a admitir la queja bajo análisis y a la revocación de la sentencia recurrida en este punto.

4.3.B) La admisión del agravio de la demandada y la revocación de la sentencia hacen que deban fijarse los montos de todos y cada uno de los rubros a percibir por la parte actora de conformidad con las normas aplicables de la L.C.T. y las constancias de autos en virtud de no resultar aplicable para ello la normativa el CCT N° 462/06. En consecuencia, deberá el Sr. Perito Contador actuante en autos practicar la liquidación de todos y cada uno de los rubros que le corresponde percibir a la parte actora conforme la sentencia dictada en primera Instancia, teniendo en cuenta lo dispuesto por la L.C.T. y la documentación obrante en autos.

5 – <u>Adecuación de costas y honorarios</u>

La revocación parcial de lo sentencia recurrida conduce a considerar la adecuación que manda el art. 282 del ritual. Teniendo en cuenta el alcance de la revocación y a que no se altera el carácter de vencida por parte de la demandada, considero que no es procedente realizar la referida adecuación, debiéndose confirmar tanto la imposición de costas de la primera Instancia como la regulación de honorarios de los profesionales intervinientes en ella.

6 – <u>Costas de la Alzada</u>

En atención al resultado final del recurso tratado, corresponde imponer las costas de la Alzada en un 70% a la parte demandada y en un 30% a la parte actora (art. 72 y concs. CPCC), regulándose los honorarios del letrado apoderado de la parte actora, Dr. L. A. P., en el 30% de los que les correspondan por su labor en primera Instancia y los de los Dres. E. O.R. y L. M. F., apoderado y

patrocinante de la demandada respectivamente, en conjunto, en el 27% de los que les correspondieren por su labor en la Instancia originaria, en ambos casos sin perjuicio de lo normado por el art. 7 de la Ley Arancelaria y con más el I.V.A. de corresponder (arts. 5, 13, 38, 46 y concs. Ley XIII N° 4 y modificat.).

<u>A LA PRIMERA CUESTION</u>, el Sr. Juez de Cámara Dr. Heraldo Enrique Fiordelisi vota **PARCIALMENTE** por la **AFIRMATIVA.**

<u>A LA PRIMERA CUESTIÓN</u> la Sra. Jueza de Cámara María Inés de Villafañe dijo:

1.

Dado que el magistrado preopinante ya reseñó en lo esencial los detalles del caso, la sentencia dictada por la Sra. Jueza y los motivos de agravio expuestos por el apelante, me pronunciaré directamente sobre las cuestiones propuestas al Acuerdo, para lo cual y en cumplimiento de los arts. 169 de la Const. Prov., 8 de la ley V N° 17 y 274 C.P.C.C. serán suficientes las consideraciones que siguen.

2.

En los términos que quedó planteada la litis, el primer agravio de la O. S. d. P. d. l. C. (O.S.P.E.C.O.N.) deberá desestimarse.

Plantea la parte, que la sentencia de grado debió ocuparse de determinar si se acreditaron o no las injurias invocadas por C. para darse por despida en la comunicación del día 18/10/2010 y no si la trabajadora había incurrido en la casual de abandono de trabajo.

A poco que se lean los términos de la demanda y de su contestación se advierte no solo que la actora reputó como falsa la causal invocada por O.S.P.E.C.O.N. para disponer su despido, sino que la demandada al contestar se ocupó en forma excluyente de validar el despido que decidiera al considerar, en extensa réplica, la descalificación de los certificados que presentara la actora para justificar sus inasistencias.

Desde esa perspectiva la magistrada, desde el inicio, estableció que la cuestión controvertida giraba en torno al desconocimiento de la Obra Social respecto de los certificados otorgados por la Psicóloga Silvia Carrasco MP 00122 del Servicio de Salud Mental del Hospital Subzonal Isola que presentara la trabajadora y que obran a fs. 20,22 y 23.

La Obra Social se limitó a contestar la demanda ejerciendo un derecho y cumpliendo una obligación, y satisfaciendo su propio interés, cual fue justificar el despido por la causal de abandono. Luego de referir que *"la realidad de los hechos es diametralmente diferente al tendencioso relato que realiza la contraparte en su líbelo inicial*", argumentó respecto de las sanciones aplicadas, la falta de reintegro a prestar el débito laboral y la cuestión de la justificación de sus ausencias.

De modo tal que no era materia previa de tratamiento resolver si el despido en que se colocó la actora era ajustado a derecho. Al tiempo de contestar la demanda nada esgrimió la recurrente y va de suyo que si una cuestión fáctica no fue debidamente introducida en los escritos iniciales del pleito, no puede ser tardíamente incorporada al litigio en la etapa recursiva y menos aún podría ser valorada por la Jueza en la sentencia. El debido respeto a la congruencia y al principio de bilateralidad se traduce en que, para el Juez, no existió cuestionamiento alguno al despido indirecto y eso tiene directa relación con las normas procesales que rigen el procedimiento laboral cuando establece que la sentencia debe responder a la exposición de los hechos contenidos en los escritos de demanda y contestación (art.67 inc. 4 Ley XIV N°1 y art. 165 inc. 6 CPCC).

Por lo expuesto, el agravio debe rechazarse.

3.

En el segundo agravio critica que en la sentencia se omitió considerar argumentos relevantes y que fueran oportunamente planteados por la parte y ello en relación a que el "estrés laboral" no es una enfermedad. Dirá que la magistrada eludió tal planteo dirimente y que ninguna carga tenía su mandante de controlar una enfermedad inexistente, debiendo fundamentar la magistrada su tesitura en contrario.

El agravio no puede admitirse.

Cierto es que la expresión de agravios contiene la reiteración de algunos argumentos ya expuestos por la demandada al contestar la demanda y que ello no abastece los extremos exigidos por el art. 60 de la ley XIV N°1 y el art. 268 del CPCC.

La regla supone que la sentenciante de la Primera Instancia los haya considerado y desechado y soy del criterio que aunque no expresó en concreto a si consideraba o no al estrés como una enfermedad, justificó con creces porque consideró que las mentadas certificaciones, que superaban la exigencia del simple aviso que impone al trabajador la LCT y la falta de control de la empleadora en los términos del art. 210, eran suficientes para justificar las inasistencias de la Sra. C.

En ese marco, reiterar dogmáticamente, sin prueba alguna que avale sus afirmaciones al contestar la demanda, que el estrés no es una enfermedad, lo deja en la ausencia de crítica concreta y razona que debía sostener en esta instancia. Esto es, los argumentos que entiende fueron desatendidos en la instancia de grado y en los que basa su posición respecto de los certificados, tampoco pueden ser revisados en esta instancia, ya que reclama en esta sede un juicio valorativo sobre afirmaciones respecto de las cuales no existe respaldo probatorio alguno y para el cual necesariamente debía aportar prueba para sostenerlos.

De modo que la presentación del recurrente no reúne los recaudos requeridos por la normativa procesal, no suministra base jurídicas ni fácticas para refutar los argumentos dados por la a-quo, sino tan solo un distinto punto de vista sobre la cuestión, reiterando argumentos sin prueba alguna que los corroboren, por lo que seguiré al Dr. Fiordelisi en que el agravio es desierto (art. 269 del CPCC).

4.

En el tercer agravio sostiene la parte que no corresponde en autos aplicar el CCT 462/06 y que ello fue señalado al contestar la demanda sin que la

magistrada de grado lo tratara, por lo que en los términos del art. 281 deberé ingresar a su tratamiento.

En la sentencia de grado se encuadró la actividad laboral cumplida por la Sra. C. dentro del CCT 462/06 de UTEDYC tal como sido indicado por la parte al formular la liquidación de las sumas reclamadas en autos (v. fs. 39 y sgtes.).

Tal como he tenido oportunidad de señalar en anteriores pronunciamientos, el encuadramiento convencional ha sido definido –sin fisuras y en forma unánime por toda la doctrina y por los tribunales especializados– como el supuesto donde se debe establecer si un determinado sector o grupo de trabajadores se halla comprendido en el ámbito personal o profesional de aplicación de un convenio colectivo de trabajo, de acuerdo con la representatividad de las partes signatarias del mismo. *"El encuadre convencional implica la determinación de qué convenio colectivo es aplicable a una situación de trabajo, ya sea individual o pluriindividual."* (C.N.A.T., Sala III, 26/12/1994, "Vanegas, Sulma I. c/Cámara Arbitral de la Bolsa de Cereales", DT 1995-A, 832). (CAPM "LOPEZ, Esteban Armando c/ OJEDA, Omar Nelson s/ Cobro de pesos e indem. de ley" Expte 306/13 SDL N° 8/14 y CABRAL, Irma Romina c/SOTO, Verónica Yanina y otro s/ Cobro de pesos e indem. de ley) Expte N° 61/14 SDL N° 33/14).

Dije también que los conflictos de encuadramiento convencional se solucionan, en primer lugar, determinando la actividad principal del empleador y verificando que dicha actividad se encuentra reglada por un determinado convenio colectivo. *"El problema de la determinación del marco de aplicación de los Convenios Colectivos de Trabajo debe resolverse atendiendo a la actividad principal del empleador, en tanto el ámbito de validez personal de tales*

convenciones está dado por la representatividad de los firmantes y ningún empleador no afiliado queda obligado por el convenio si por el sector patronal no intervino en el mismo, la asociación profesional o al menos un grupo de empleadores de la actividad." (Cámara del Trabajo de Mendoza, Sala 2ª, 19/10/1998, "Gil, Luis c/ Sade S.A. s/ordinario").

Desde esa perspectiva no puedo más que afirmar que le asiste razón al recurrente. La parte actora no se ocupó de acreditar que la actividad de la demandada se ajustaba al ámbito de aplicación del régimen colectivo invocado y por cierto tampoco puede atenderse en esta instancia, que la actividad de la demandada es "S.d. A. N.C.P." (siglas que significan en el ámbito de la AFIP "no clasificados precedentemente") como si eso bastara para el encuadramiento convencional, respecto del cual – insisto- nada dijo cuando liquidó con base a ese CCT.

Si el ámbito de validez de una convención colectiva se encuentra limitada por la representatividad de sus firmantes y no cabe aplicación analógica de los mismos y se cuenta en autos con el informe de fs. 165 emitido por la F. E. d. E. D. d. A. y A.C. (F.) que expresamente señala que la parte demandada O. no se encuentra asociada a esa entidad, no puede
resultar aplicable a las relaciones de la demandada con su personal un CCT que no suscribió y en cuya celebración no estuvo representada.

En mérito a ello debe revocarse la sentencia en tanto admitió los rubros liquidados conforme al CCT 462/06 (base convencional considerada en el informe del perito contador) y deberá ordenarse, en la etapa de ejecución de sentencia que el contador que viene interviniendo, reajuste su liquidación conforme la LCT y la documentación obrante en autos.

5. <u>Las costas</u>.

a) La modificación de la sentencia en los términos que se decide, no altera el carácter de vencida en lo sustancial de la demandada, por lo que no existe razones que avalen una readecuación de las costas y honorarios fijadas en la instancia de grado (art. 282 del CPCC).

b) En cuanto a las costas en la Alzada y en atención al modo en que se admiten los agravios, estimo ajustado a derecho imponerlas en un 70% a la parte demandada y en un 30 % a la parte actora. (art. 72 del CPCC). En cuanto a los honorarios, los propuestos por el Dr. Heraldo Fiordelisi, resultan a justados al mérito y resultado de la actividad cumplida en esta sede, sin perjuicio de los mínimos legales y con más el IVA si correspondiera. (arts. 5, 7 y 13 de la ley arancelaria).

VOTO a la primera cuestión **PARCIALMENTE por la AFIRMATIVA**

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

De compartir mis colegas de Cámara los fundamentos precedentemente expuestos, el pronunciamiento que corresponde dictar sería el siguiente:

Primero: REVOCAR PARCIALMENTE la sentencia dictada a fs. 250/259 vta. y **DISPONER** que no resultan aplicables a la relación de trabajo habida entre la parte actora y la demandada las normas del Convenio Colectivo de Trabajo N° 462/06.

Segundo: CONFIRMAR la sentencia apelada en todo lo demás que fue materia de agravios por la recurrente.

Tercero: DISPONER que el Sr. Perito Contador actuante en autos practique la liquidación de todos y cada uno de los rubros que le corresponde percibir a la parte actora conforme la sentencia dictada en primera Instancia,

teniendo en cuenta lo dispuesto por la L.C.T. y la documentación obrante en autos.

Cuarto: NO ADECUAR LAS COSTAS Y HONORARIOS DE LA PRIMERA INSTANCIA (art. 282 CPCC).

Quinto: IMPONER LAS COSTAS DE LA ALZADA en un 70% a la parte demandada y en un 30% a la parte actora (art. 72 y concs. CPCC), regulándose los honorarios del letrado apoderado de la parte actora, Dr. L. A. P., en el 30% de los que les correspondan por su labor en primera Instancia y los de los Dres. E. O. R. y L. M. F., apoderado y patrocinante de la demandada respectivamente, en conjunto, en el 27% de los que les correspondieren por su labor en la Instancia originaria, en ambos casos sin perjuicio de lo normado por el art. 7 de la Ley Arancelaria y con más el I.V.A. de corresponder (arts. 5, 13, 38, 46 y concs. Ley XIII N° 4 y modificat.).

Sexto: REGISTRESE, NOTIFIQUESE y oportunamente, **DEVUELVASE.**

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

El pronunciamiento que corresponde dictar es el que propone el Dr. Heraldo E. Fiordelisi.

Así lo voto.

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

Puerto Madryn, de junio de 2015.

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

Primero: REVOCAR PARCIALMENTE la sentencia dictada a fs. 250/259 vta. y **DISPONER** que no resultan aplicables a la relación de trabajo habida entre la parte actora y la demandada las normas del Convenio Colectivo de Trabajo N° 462/06.

Segundo: CONFIRMAR la sentencia apelada en todo lo demás que fue materia de agravios por la recurrente.

Tercero: DISPONER que el Sr. Perito Contador actuante en autos practique la liquidación de todos y cada uno de los rubros que le corresponde percibir a la parte actora conforme la sentencia dictada en primera Instancia, teniendo en cuenta lo dispuesto por la L.C.T. y la documentación obrante en autos.

Cuarto: NO ADECUAR LAS COSTAS Y HONORARIOS DE LA PRIMERA INSTANCIA (art. 282 CPCC).

Quinto: IMPONER LAS COSTAS DE LA ALZADA en un 70% a la parte demandada y en un 30% a la parte actora (art. 72 y concs. CPCC), regulándose los honorarios del letrado apoderado de la parte actora, Dr. L. A. P, en el 30% de los que les correspondan por su labor en primera Instancia y los de los Dres. E. O. R. y L. M. F., apoderado y patrocinante de la demandada

respectivamente, en conjunto, en el 27% de los que les correspondieren por su labor en la Instancia originaria, en ambos casos sin perjuicio de lo normado por el art. 7 de la Ley Arancelaria y con más el I.V.A. de corresponder (arts. 5, 13, 38, 46 y concs. Ley XIII N° 4 y modificat.).

<u>Sexto</u>: REGISTRESE, NOTIFIQUESE y oportunamente, **DEVUELVASE.**

REGISTRADA BAJO EL N° /15 SDL. CONSTE.