

////neral Roca, 10 de diciembre de 2019.-

Y VISTOS: Para dictar sentencia en estos autos caratulados: "GALICCHIO MARIELA NOEMI C/ TURBINE POWER CO S.A. S/ RECLAMO" (Expte.Nº O-2RO-3803-L2012- 2CT-25326-12).-

Previa discusión de la temática del fallo a dictar con la presencia personal de los jueces votantes, de lo que da fe la Actuaría, corresponde votar en primer término a la Dra. María del Carmen Vicente, quien dijo:

I.- RESULTANDO: 1.- Que se presenta a fs. 32/36 Mariela Noemí Galicchio con el patrocinio letrado del Dr. Arturo Enrique Llanos, promoviendo demanda contra la firma TURBINE POWER CO S.A., por el cobro de la suma de \$ 87.612,09, en concepto de indemnización por despido, preaviso, multas de los art. 1 y 2 de la Ley 25323, multa del art. 80 de la LCT, diferencias salariales, y entrega de certificaciones de servicio corregidas.

Relata que ingresó a trabajar en relación dependencia para la demandada el 01 de Abril de 2008, cumpliendo tareas en el sector administrativo contable de la empresa, siendo declarada en el recibo como auxiliar contable.

Sostiene que estaba registrada indebidamente dentro del convenio de Empleados de Comercio, y que en realidad le correspondía estar dentro del CCT 36/75 de luz y fuerza, en razón de que la empresa es productora de energía.

Afirma haberse desempeñado de manera ejemplar dentro de la empresa, sin recibir sanciones, y teniendo a su cargo tareas que excedían las propias de su función. Cumpliendo una jornada de lunes a viernes de 8 a 17 hs, en la planta ubicada a la vera de la Ruta 6.

Dice que a fines del año 2009, comenzó a padecer un cuadro psiquiátrico por lo que la licenciada tratante le otorgó 30 días de licencia laboral. Entregando el certificado a su empleadora, que hizo caso omiso al mismo, pues la intima a presentarse en su lugar de trabajo atento las supuestas faltas injustificadas, contestando mediante un TCL que había puesto en conocimiento de la empresa su cuadro y licencia que le impedían ir a trabajar.

Que, ante esta situación la demandada procede a desconocer los certificados expedidos por la psicóloga, y la despide por las faltas supuestamente injustificadas.

Despido que dice- de acuerdo al intercambio epistolar y la documental acompañada se encuentra injustificado.

Por lo que pasa a exponer el intercambio epistolar habido entre las partes. Así dice que

comienza con CD de la empleadora de fecha 28-12-2009 en la que la intima a presentarse a trabajar de manera inmediata y justificar las inasistencias de los días 23 y 28 de diciembre de 2009, bajo apercibimiento de considerarla ante una nueva inasistencia incurso en abandono de trabajo.

A esto le responde poniendo en conocimiento a la empresa que el día 28-12-2009 envió certificado médico a través de compañero de trabajo, en el que la Lic. Juliana Pedreschi indicó tratamiento psicoterapéutico y licencia por 30 días. Dejando constancia que el certificado médico le fue entregado al Sr. Eusebio Núñez gerente de la planta.

No obstante, dice que a la vez remitió carta confronte de full postal acompañando el certificado médico, consistente en fotocopia del día 23-12-2009, y original del certificado de fecha 30-12-2009 reiteratorio del anterior-.

Pese a ello la demanda procede a despedirla de manera injustificada. Rechaza el telegrama colacionado, niega los hechos relatados por la actora en sus misivas y que una psicóloga pueda prescribir licencia médica, y atento no haber justificado inasistencias de los días 23, 28, 29, 30 de diciembre de 2009, y 4 de enero de 2010, la empresa prescinde de sus servicios por encontrarse incurso en abandono de trabajo art. 244 LCT. A lo que contesta, rechazando e impugnando el despido, a más de intimar al pago de indemnización, preaviso e integrativo, liquidación final, reajuste de haberes y multa del art. 1 de la Ley 25323 por deficiente registración.

A esto la demandada en una nueva misiva que transcribe niega tales extremos y se mantiene en su postura.

La actora cursa una nueva intimación de pago de las sumas indemnizatorias con el apercibimiento del art. 2 de la Ley 25323. La que es rechazada con fundamento en el incumplimiento de sus obligaciones laborales que dieron motivo al despido con causa.

Cerrándose el intercambio postal, con una última interpelación a fin de que le consignen en DZT la certificación de trabajo y constancias de aportes previsionales, bajo apercibimiento de los dispuesto por el art. 80 de la LCT.

Reclama su correcto encuadre convencional dentro del convenio de los empleados del sindicato de luz y fuerza (CCT 36/75), en tanto es de público y notorio conocimiento que la empresa genera y/o produce energía eléctrica y la comercializa a través del sistema interconectado nacional. Cita jurisprudencia sobre el tema.

Pasa a analizar la improcedencia del despido, el que se aplica como sanción resultando improcedente, desproporcionado y antijurídico. Sostiene que el real motivo era evitar los perjuicios que la enfermedad psiquiátrica le podía acarrear a la empresa.

Manifiesta que de hecho la actora siguió siendo tratada por el psiquiatra Ligarribay hasta el mes mayo de 2010, reclamando los sueldos hasta dicha fecha.

Sostiene que la supuesta causal carece entidad suficiente para considerar válido el despido. Que las supuestas faltas injustificadas no revisten tal gravedad como para aplicar la máxima sanción. Por lo que se debe merituar la causal teniendo presente el cuadro psiquiátrico que padecía y padeció la actora, y la desprotección al no respetar su enfermedad.

Practica liquidación, ofrece prueba, y peticiona se haga lugar a la demanda con costas.

A fs. 37 se ordena correr traslado de la acción judicial a la demandada.

2.- La accionada TURBINE POWER CO S.A. se presenta a través de su letrado apoderado el Dr. Carlos A Zarzur, con el patrocinio letrado de la Dra. Carla Castiglioni a fs. 94/120, se hace parte y contesta demanda.

Niegan todos y cada uno de los hechos expuestos por la actora, en particular, que se le adeude la suma reclamada; que estuviera mal registrada bajo el CCT de empleados de Comercio; que le corresponda el encuadramiento del CCT 36/75 de Luz y Fuerza; que su parte se aproveche del CCT de comercio para pagar sumas menores; que la actora se desempeñara de manera ejemplar; que no haya recibido sanción disciplinaria alguna; que a fines de 2009 comenzara a padecer un cuadro psiquiátrico y que la licenciada le otorgará una licencia de 30 días; que los supuestos certificados fueran entregados a la empresa e hiciera caso omiso a los mismos; que se encontrara con un cuadro psiquiátrico que no le permitiera trabajar; que su parte desconociera los supuestos certificados expedidos por la psicóloga; que se la despidiera por faltas supuestamente injustificadas, y por ende el despido fuera injustificado.

Desconoce e impugna la documental presentada por la actora, consistente en orden de admisión de OSDE, certificados médicos de Ligarribay y Pedreschi, todo el intercambio postal y recibos de sueldo que no coincida que la documentación que presenta su parte.

Refieren que Turbine Power Co (TPC) es una sociedad anónima cuya actividad principal consistía en la generación de energía eléctrica. Que debido a distintos problemas económicos que debió enfrentar, con fecha 24-10-2008 solicitó su concurso preventivo, tramitando la causa ?TURBINE POWER CO S.A. s/ CONCURSO PREVENTIVO?, Expte. 52702/06, en trámite ante el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Comercial N° 09, Secretaría N° 18 de la Ciudad de Buenos Aires, el que no ha sido levantado en razón de no hacer frente al concordato de pagos aprobados. A lo que se sumó un siniestro ocurrido en enero del año 2009 que inutilizó el turbogenerador

a gas.

Que la firma siempre se comportó como un empleador ejemplar, que no puede decir lo mismo de la actora, quien pretende tergiversar la realidad alegando que estaba alcanzada por el CCT 36/75, a fin de reclamar conceptos de dicho convenio.

Pasa a exponer su postura respecto del encuadramiento convencional bajo el CCT 36/75. Resulta a su opinión improcedente, así como lo manifestado por la actora de que estaba afiliada al Sindicato de Comercio. Efectúa un análisis de las figuras del encuadramiento sindical y el convencional, y sus conceptos, de la normativa de las convenciones colectivas (Ley 14250).

Manifestando que TPC no ha participado en la celebración del CCT 36/75 ni se ha adherido a él, no ha sido representada por la Cámara que agrupa a las empresas generadoras de electricidad (AGEERA), ni por ninguna otra cámara del sector. Que el CCT 36/75 ha sido celebrado entre la Federación Argentina de Trabajadores de Luz y Fuerza y ?Empresas de Electricidad de todo el país?. Afirma que TPC no es una empresa de electricidad ni las signatarias de dicho convenio representan a TPC., por lo que al no ser parte, dicho convenio, no se puede aplicar a su personal.

Efectúa un análisis del ámbito de aplicación del CCT 36/75, para concluir diciendo que la actividad de generación de energía eléctrica no constituye un servicio público sino que es una actividad de interés general, por lo que TPC no se encuentra encuadrada en CCT 36/75. Analiza y expone la doctrina y la jurisprudencia sobre el tema.

Continúa diciendo que el contrato de trabajo de la actora tampoco estuvo encuadrado en el sindicato de comercio (CCT 130/75), que ello se desprende de los mismos recibos de sueldo de la actora. Que, la relación laboral estaba subordinada a la LCT, las leyes, la voluntad de las partes y los usos y costumbres (art. 1 LCT).

Reconoce que las tareas que la actora realizaba eran las de auxiliar administrativa contable, cumpliendo un horario de lunes a viernes de 8.00 a 17.00 hs., estando debidamente registrada y firmando los recibos de haberes sin reserva alguna.

Por otra parte, sin perjuicio de que considera que dicho convenio colectivo no es aplicable, a todo evento resulta menester merituar el impacto en los contratos de trabajo del concurso preventivo por el que atraviesa TPC. Que el 10 de noviembre de 2.006 se llevó a cabo la apertura del concurso preventivo de TPC, cuyo acuerdo fue homologado el 13 de agosto de 2.008. En base a ello, todos los créditos reclamados desde noviembre de 2.005 hasta octubre de 2.006 resultarían de naturaleza concursal y por lo tanto ajenos al entendimiento de este Tribunal. En cuanto a los eventuales créditos del período

posterior, es decir de noviembre/06 en adelante, se encontrarían alcanzados por lo dispuesto en el art. 20, párrafo 4° de la ley 24.522, esto es, que la apertura del concurso preventivo deja sin efecto los convenios colectivos vigentes por el plazo de 3 años o el de cumplimiento del acuerdo preventivo, el que fuere menor y las relaciones laborales se rigen por los contratos individuales y la LCT, con lo que tampoco resultaría de aplicación el CCT 36/75.

Destaca que tanto la Ley de Concursos y Quiebras como la LCT son normas de orden público, pero no obstante ello, la primera prevalece por sobre la segunda, porque cuenta con un espectro de mayor amplitud, atendiendo no sólo los intereses laborales sino también el de los proveedores, las tributaciones impositivas, la cadena de créditos, etc.

Que para el supuesto que el Tribunal entendiera que para la procedencia de la suspensión del CCT 36/75 era necesario negociar un acuerdo de crisis, debe considerarse que subyace en la Ley 24.522 la idea de emergencia, de conservación de la empresa, por lo que de hacerse lugar a la pretensión del modo pretendido, lisa y llanamente se agravaría la situación de la empresa en el período concursal y se atentaría contra el principio de conservación y el interés general. Podría disponer eventualmente que el básico de convenio y los adicionales queden absorbidos hasta la concurrencia de lo que percibiera la empleada producto de la libre negociabilidad de sus salarios que por más de cinco años ha acordado, toda vez que por imperio del art. 20 de la Ley 24.522 no podría agravarse la situación económica de la empresa en ese período. Por lo que solicita se rechace la diferencia de haberes.

En cuanto a la extinción de la relación laboral, dice que cansados de las ausencias de la actora sin justificación alguna, con fecha 28-12-09 su parte le envía CD notificándole a la Sra. Galicchio que debía presentarse a prestar servicios en forma inmediata, y justificar las inasistencias de los días 23 y 28 de diciembre de 2009, bajo apercibimiento de considerar una nueva inasistencia como abandono de tareas, y rescindir la relación laboral.

El día 30-12-2009 la actora contesta mediante TCL sin justificar las ausencias de los días 23 y 28 de diciembre de 2009, manifiesta que acompañó certificado médico por medio de un compañero ?sin que llegara a conocimiento de su parte-, y mencionaba un certificado médico expedido por una licenciada y no por un médico psiquiatra.

Que la empresa responde el 04-01-2010 negando la entrega del certificado, que una psicóloga pueda diagnosticar y conceder licencias. En consecuencia no habiendo justificado las inasistencia de los días 23, 28, 29, 30 de diciembre y 04 de enero de

2010, le notifica que prescinde de sus servicios por encontrarse incurso en abandono de tareas (art. 244 LCT).

A ésta le siguió otra misiva de la actora de fecha 08-01-2010 en la que dice mencionó el art. 1 de la Ley 25323 por deficiente registración, sin aclarar cuáles eran los verdaderos términos de la relación laboral si pretendía su debida registración.

Dice que TPC respondió a través de CD del 12-01-2010 ratificando el despido por abandono de trabajo, y reiterando que se encontraba a su disposición liquidación final y certificaciones de trabajo.

Agrega que posteriormente la actora mediante TCL del 18-01-2010 reclamó indemnizaciones, alegando que el despido era injustificado, e invocando la multa del art. 2 de la Ley 25323. Lo que dice fue rechazado por la empresa con sustento en el despido por abandono de trabajo.

Por último dice que la actora cursó una misiva reclamando la entrega de certificado de trabajo y de remuneraciones y servicios, los que ya habían sido puestos a disposición.

Justifica el despido directo, en las ausencias de la actora, las que dice- atentan contra la facultad del empleador de organizar y dirigir el trabajo (arts. 64 y 65 de la LCT), además de que su conducta constituía una clara violación de los principios de buena fe, diligencia y colaboración, en tanto al no presentarse por varios días dejó de cumplir su obligación principal como es el débito laboral. Por lo que constituida en mora, no se reintegra a trabajar, no quedando otra alternativa que despedirla por abandono de trabajo.

Respecto de la pretendida justificación de la actora en cuanto a que había notificado su estado de salud mediante certificados médicos enviados por un compañero y estaban firmados por una licenciada en psicología; reitera que el mismo no fue recibido por TPC por lo que no justificó en legal forma su enfermedad, ni sus inasistencias, lo que era de su exclusiva responsabilidad a fin de justificar la excepción en el cumplimiento del contrato de trabajo, obligación que surge del art. 209 de la LCT.

Por otro lado, y más allá de que desconoce el certificado acompañado con la demanda, sostiene que una psicóloga no puede recetar remedios, establecer diagnósticos, ni otorgar licencia por enfermedad. Que en definitiva el profesional capacitado para ello es un médico psiquiatra. Cita jurisprudencia que da sustento a la decisión rescisoria de la demandada.

Explica que en el caso, la empleadora cumplió con los requisitos legales que justifican el abandono de trabajo, como son la constitución en mora e intimación a reanudar

tareas, el plazo adecuado a las modalidades del caso que su parte otorgó más de 48 hs. para que se presente-; y se notificó el despido por abandono atento sus ausencias injustificadas.

Impugna los rubros reclamados y liquidación practicada. Afirma que la actora no ha indicado la escala salarial pretendida ni la categoría de la CCT en que pretende encuadrarse y adiciona una suma que no sabe a que corresponde, a más de que por la causal invocada resultan improcedentes la indemnización por despido y preaviso. Impugna la multa del art. 1 de la ley 25323 en tanto no indica donde radica la deficiente registración ni denuncia que infracciones cometió la empleadora. Que el reclamo de encuadramiento bajo el CCT 36/75 no implica una registración deficiente.

Asimismo, sostiene que no corresponde la aplicación de la multa del art. 2 de la ley 25.323 porque las causas esgrimidas se encuentran controvertidas, ni tampoco la del art. 80 de la LCT porque la actora efectuó una intimación prematura a la entrega del certificado de trabajo, sin respetar el plazo dispuesto por el art. 3 del Dto. 146/01, y además fueron puestos a disposición y jamás se presentó a retirarlos. Así también, considera que resultan improcedentes las diferencias salariales reclamadas.

Consigna certificados del art. 80 y liquidación final. Se opone a prueba ofrecida por la parte actora. Ofrece prueba. Invoca el derecho aplicable al caso. Efectúa reserva de caso federal. Peticiona se rechace la demanda con costas.

3.- A fs. 121 se tiene por contestada demanda, por acompañada documentación y formulada oposición a la prueba ofrecida por la actora. Se fija audiencia de conciliación. A fs. 122 y vta la parte actora contesta el traslado del art. 32 de la Ley 1504. Puntualmente responde las oposiciones realizadas a la prueba de libros contables y recibos de haberes, a la informativa y testimonial.

A fs. 130/134 la demandada acompaña el certificado de trabajo y certificación de servicios y remuneraciones.

Luce a fs. 135/137 Acta de audiencia de conciliación con resultado infructuoso, en consecuencia, se procede a la apertura de la causa a prueba y se fija audiencia de vista de causa.

La parte actora contesta a fs. 138, traslado de la documental acompañada a fs. 130/134. Se produce en autos la siguiente prueba: a fs. 145/157 informe del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social; a fs. 158/160 informe de la Jueza del concurso en el trámite ?Turbine Power Co S.A. s/ Concurso Preventivo? (Expte. Nro. 086991); a fs. 172/178 informe de ANSES y a fs. 202 informe del Dr. Ligarribay.

Obra a fs. 203 Acta de audiencia de Vista de Causa en la consta la presencia de las partes y sus letrados. Que se llevo a cabo el procedimiento conciliatorio con resultado negativo. Se toma la declaración testimonial de Jesica Elvira Valenzuela y Carolina del Carmen Figueroa. Las partes insisten la declaración de los testigos pendientes.

A fs. 204/206 obra informe de OSDE.

Se agrega fs. 227/244 el Expte N° CNT 1191/2014 ?Galichio Mariela Noemi y Otro c/ Turbine Power Co S.A. y otro s/ Exhorto?.

A fs. 248 obra Acta de audiencia continuatoria donde consta que prestaron declaración testimonial Luis Ligarribay y Osvaldo Hugo Moran. Se declara la caducidad de la prueba testimonial pendiente. La demandada exhibe parte de la instrumental y denuncia que el resto se encuentra agregada al expte. ?Gallegos c/ Turbine Power? (Expte. 1CT-20861-08).

A fs. 262 luce Acta de audiencia continuatoria donde consta que la parte actora manifiesta no tener objeciones con la prueba instrumental. La demandada desiste de la pericial contable en extraña jurisdicción. Los letrados formulan sus alegatos. Se dispone el pase de los autos al acuerdo para dictar SENTENCIA DEFINITIVA.

CONSIDERANDO: I.- De conformidad a lo prescripto por el art. 53 inc.1° de la ley 1504, corresponde establecer en primer término los hechos que, relevantes para decidir, han quedado reconocidos y acreditados:

1.- Que, la actora comenzó a trabajar bajo relación de dependencia de la demandada el día 01-04-2008, hecho no controvertido y se acredita con dobles ejemplares de recibos de haberes de fs. 2/10 y 62/79.

2.- Que, se desempeñó en tareas administrativas, en el establecimiento ubicado en Ruta 6 Km 11.100 de General Roca, siendo registrada con la categoría de ?Auxiliar Contable? (recibos de haberes de fs. 2/10 y 62/79, Certificado de Trabajo de fs. 130/131).

3.- Que, Turbine Power Co es una sociedad anónima cuya actividad principal consistía en la generación de energía eléctrica. (hecho afirmado por la demandada)

4.- Que, la empresa demandada se presentó en concurso preventivo, con fecha 10-11-2006 se procedió a declara abierto el concurso y se designó al estudio ?Waisberg-Knoll? como síndico clase ?A?, el día 14-05-2008 se hizo saber la existencia de acuerdo, el que fue homologado el 13-08-2008, y a la fecha del informe 05-02-2014 el concurso preventivo estaba en etapa de cumplimiento (informe de fs. 158/160).

5.- Que, el día 28-12-2009 el apoderado de la empresa envía CD que expresa: ??

TURBINE POWER Co S.A., INTIMA A USTED A PRESENTARSE A PRESTAR SERVICIOS EN FORMA INMEDIATA LUEGO DE RECIBIDA LA PRESENTE DEBERÁ USTED JUSTIFICAR INASISTENCIAS DE LOS DÍAS 23 Y 28 DE DICIEMBRE DE 2009, BAJO APERCIBIMIENTO DE CONSIDERAR UNA NUEVA INASISTENCIA DE SU PARTE ABANDONO DE TAREAS Y RESCINDIR LA RELACION LABORAL POR SU EXCLUSIVA CULPA. QUEDA USTED DEBIDAMENTE NOTIFICADA..? (Documental de fs. 21 y 81)

6.- Que, el 30-12-2009 la trabajadora Sra. Galicchio envió TCL en los siguientes términos: ? ?Me dirijo a UD. En respuesta a su Carta Documento C.D. ?, la cual rechazo por improcedente y maliciosa. Pongo en su conocimiento que el día 28 de diciembre de 2009 envié por medio de un compañero de trabajo el certificado médico de fecha 23 de diciembre de 2009, que otorgara a la suscripta la Dra. Juliana Pedreschi, Lic. En Psicología, Mat RN?, habiéndose dejado constancia en dicho certificado que la suscripta se encuentra bajo tratamiento psicoterapéutico debido a presentar sintomatología compatible con diag.: OMDSMIV: F32.2, y en razón de ello no me encuentro en condiciones de desempeñar actividad laboral por al menos TREINTA (30) DIAS a contar de la fecha de dicho certificado. Tal certificado fue entregado al Sr. Eusebio Nuñez, toda vez que no se encontraba en ese momento el gerente administrativo, y por ello el certificado se entrego al Sr. Nuñez que es gerente de planta??. (Documental de fs. 20 y 82)

7.-Que, mediante Nota de fecha 31-12-2009 de la actora, enviada por Confronte Full Postal, adjuntó fotocopia del certificado médico de fecha 23-12-2009, y original de certificado de fecha 30-12-2009, ambos con prescripción de licencia por 30 días otorgada por la Lic. Juliana Pedreschi, observándose a fs. 27 que fue recibida por responsable de la firma el 04-01-2010. (Documental de fs. 27/29, la nota y certificado de fecha 23-12-2009 no fue desconocida, si el certificado de fecha 30-12-2009).

8.- Que, le responde la accionada con CD de fecha 04-01-2010 que reza: ??En el carácter de Presidente de Turbine Power Co. S.A. (en adelante ?TPC?), notifico a Ud. que rechazo su telegrama colacionado?, recibido por TPC el 2 de enero de 2010 por falso, malicioso e improcedente. Niego por falso que el día 28 de diciembre del 2009 remitiera a través de un compañero de trabajo, un certificado médico fechado el día 23 de diciembre de 2009 emitido por la psicóloga Juliana Pedreschi, en el que supuestamente notificara a TPC que Ud. sufriera la enfermedad que menciona en el telegrama que aquí se contesta y que no se encontrara en condiciones de prestar tareas

por el plazo de 30 días. Asimismo, niego que tal supuesto certificado médico hubiera sido entregado al Gerente de Planta Sr. Eusebio Nuñez. A mayor abundamiento, TPC niega que una psicóloga pueda diagnosticar y conceder licencia como Ud. alega, ya que ello solo es legalmente posible con la asistencia de un médico. Consecuentemente, atento no haber justificado asistencia días 23, 28, 29, 30 de diciembre de 2009 y 4 de enero de 2010 conforme fuera intimada, notifico a Ud. que, a partir del día de la fecha TPC prescinde de sus servicios y rescinde la relación laboral mantenida con Ud. por su exclusiva culpa por encontrarse incurso en abandono de tareas conforme Art. 244 y concordantes de la LCT. Su incumplimiento constituye una violación del deber genérico de buena fe (art. 63 LCT) y de obrar con diligencia y colaboración (Art. 84 LCT), lo que genera una absoluta pérdida de confianza en su persona e impide la prosecución de la relación laboral por su exclusiva culpa, lo que justifica su despido con causa??. (Documental de fs. 22 y 84).

9.- Que, ante esta decisión la actora despacha un nuevo TCL de fecha 08-01-2010 rechazando la misma, así dice: ?? Rechazo su CD? por improcedente y falaz en todos sus términos. Niego expresamente que una sicóloga no pueda conceder licencia. Niego haber incurrido en inasistencias injustificadas en los días 23, 28, 29, 30 de diciembre de 2009 y 04 de enero de 2010. Resulta por demás evidente su intención maliciosa de resolver la relación contractual sin causa alguna y aún en circunstancias en que se le justificó en forma debida la inasistencia. Para el caso que Ud. dudara de mi dolencia pudo hacer uso del derecho de contralor propio de la empleadora, sin embargo lejos de negar la enfermedad motivo de mi ausencia Ud. cuestiona maliciosamente las forma o procedimientos a acreditar la misma. Todo sin fundamento valedero alguno y de manera totalmente arbitraria. Niego que proceda resolución contractual por abandono de trabajo, lo real es que la empresa prescinde de mis servicios y sin causa que lo justifique??. En la misma misiva intima pago de rubros indemnizatorios, y entrega de certificado de trabajo y certificación de servicios y remuneraciones. (Documental de fs. 19 y 85).

10.- Que, en una última misiva relevante la demandada defiende su postura a través de CD del 12-01-2010 ?? notifico a Ud. que, rechazo su telegrama colacionado?, recibido por TPC el 11 de enero de 2010, por falso, malicioso e improcedente. TPC ratifica en todos sus términos la CD? remitida a Ud., así como el despido con causa dispuesto respecto de su persona por abandono de trabajo, al no haberse presentado a trabajar ni haber justificado inasistencias días 23, 28, 29 y 30 de diciembre de 2009 y 4 de enero de

2010. Asimismo, niego y rechazo expresamente que: (i) TPC actuara maliciosamente al despedirla a Ud. Con causa; (ii) Ud haya notificado o acreditado que se encontrara enferma en legal tiempo y forma; (iii) TPC haya actuado arbitrariamente o sin fundamento alguno respecto de su persona; (iv) TPC adeude a Ud. los conceptos liquidación final, indemnización por antigüedad, preaviso, integración mes de despido y/o reajuste de haberes por toda la relación laboral; y (v) su relación laboral con TPC no haya sido debidamente registrada durante toda vigencia de la misma y que proceda la multa del art. 1 ley 25323. Causa sorpresa a TPC que Ud. Dentro del plazo de la supuesta enfermedad que alega sufrir, haya aceptado el despido y reclame el pago de las indemnizaciones de ley, que legítimamente no le corresponden por haber incumplido con su débito laboral y con el principio básico de buena fe?? (Documental de fs. 23 y 87).

III- Corresponde a continuación expedirme sobre el derecho aplicable a fin de resolver este litigio (Art. 53 inc. 2 ley 1504).

De acuerdo a los planteos de las partes y los presupuestos fácticos acreditados tres son las cuestiones a resolver: A.- El convenio colectivo de trabajo aplicable al caso; B.- la aplicación de la normativa concursal al contrato laboral, y C.- la causal de despido y el derecho indemnizatorio.

A. El CCT aplicable al caso. La actora sostiene que se encontraba mal encuadrada por la demandada dentro del convenio de los empleados de comercio cuando en realidad debió estar dentro del marco de los empleados del sindicato de luz y fuerza CCT 36/75.

Mientras que la demandada alega que el mismo no resulta aplicable puesto que su actividad principal, la de generación de energía eléctrica, no constituye un servicio público y porque además no fue representada en el momento de su celebración.

Esta cuestión fue dirimida en la causa ?GALLEGO GRACIELA C/TURBINE POWER CO. S.A. S/ RECLAMO? (Expte. N° 1CT-20861-08), Sentencia Definitiva del 20-11-2015, con voto rector del Dr. Nelson Walter Peña, la adhesión de la Dra. Bisogni y de esta votante, por lo que a continuación transcribo las partes pertinentes de fallo.

??Que conforme lo sostuve en autos caratulados: "JUAN SEBASTIAN C/CORDOBA JAVIER RAUL S/ RECLAMO" (Expte.N° 2CT-18652-06, Sentencia del 17 de marzo de 2.008), para dirimir esta cuestión existen distintos criterios, ya que el encuadre de un dependiente dentro de un determinado convenio colectivo de trabajo no depende de la voluntad del empleador, ni tampoco de un trabajador, sino de las propias normas convencionales y de las disposiciones de la Ley de Contrato de Trabajo (CNTrab, Sala

V, "Centenaro Mirta c/Electrodomésticos Aurora S.A. s/Dif. Salariales" Se. 57004 del 30-09-97).

En el mismo sentido, se ha resuelto que "los dependientes o la principal no eligen qué convenio o estatuto profesional se aplica a la actividad, sino que ello está determinado por el ámbito de aplicación que el propio instrumento normativo establece (convenio), y que las partes signatarias acuerdan al momento de constituirse la negociación..." (Trib. Trab. n° 1 e Bahía Blanca, 29-3-2000 "Niba SRL c/Subsecretaría de Trabajo de la Provincia de Buenos Aires", DT 2000-B-1443).

La ley 14.250 no define el término convenio colectivo, sin embargo la OIT se ha encargado de ello en la Recomendación n° 91 (1951), destacando que debe entenderse por contrato colectivo a todo acuerdo escrito relativo a las condiciones de trabajo y empleo, celebrado entre un empleador, un grupo de empleadores o una o varias organizaciones de empleadores, por una parte, y, por la otra, una o varias organizaciones representativas de trabajadores, o en ausencia de tales organizaciones, representantes de los trabajadores interesados, debidamente elegidos y autorizados por estos últimos, de acuerdo a la legislación nacional.

Cabe agregar, que conforme a nuestra legislación, sólo se encuentran autorizados para celebrar este tipo de convenios los sindicatos con personería gremial (art. 31 inc. c de la ley 23.551 y art. 1 de la L. 14.250).

Por su parte, la primera parte del art. 4 de la ley 14.250 (texto según ley 25.877) establece que las normas de las convenciones colectivas homologadas regirán respecto de todos los trabajadores de la actividad o de la categoría y de todos los empleadores comprendidos en sus particulares ámbitos, siendo irrelevante que los trabajadores o empleadores se encuentren afiliados o no a las respectivas asociaciones signatarias.

De allí que las normas de una convención no son voluntarias sino imperativas, irrenunciables y sólo modificables por el mismo procedimiento o norma superior.

Volviendo al presente caso, el art. 1 del CCT 36/75 establece el ámbito personal, material y territorial de aplicación. En efecto, establece que será de aplicación a todos los trabajadores dependientes de entidades prestatarias del Servicio Público de Electricidad, ya sean pertenecientes al Estado Nacional, Provincial, Municipal, Comunal, Cooperativas y particulares afectados a cualquiera de las siguientes etapas: Producción, Transmisión, Distribución y/o Comercialización o indistintamente a sus servicios auxiliares Riego y Obras, Estudios y Proyectos, manuales, técnicos y/o administrativos. Y los que en el futuro se incorporen al mismo, como consecuencia de los adelantos

tecnológicos que se operen en las entidades y para aquellos trabajadores que las partes hayan convenido y/o convengan en adelante. Asimismo, establece que este Convenio es obligatorio en todo el Territorio Nacional. Y agrega, finalmente que quedan excluidos de la aplicación del mismo los directores, vicedirectores, subdirectores y gerentes.

Con lo que no existen dudas que esta Convención Colectiva también comprende a los dependientes de empresas particulares cuya actividad principal sea la generación de energía eléctrica -en todo el Territorio Nacional-, como es el caso de autos.

Cabe destacar, que el Superior Tribunal de Justicia tuvo oportunidad de expedirse respecto de la aplicación del CCT 36/75 al personal que se desempeñaba en relación de dependencia para la demandada, inclusive refutando los argumentos de la accionada esgrimidos en aquel trámite que son los mismos que nuevamente reitera en autos. En efecto, en autos caratulados "TURBINE POWER CO S.A. s/Queja en: VALDEBENITO ROBLES, Carmen Violeta c/TURBINE POWER CO S.A. s/Reclamo" (Expte. N° 18.879/03-STJ, Sentencia del 26 de mayo de 2.004), sostuvo que: "...El recurrente sostiene que el art. 1 la ley 24.065 sólo considera "servicio público" eléctrico -expresión contenida en el art. 1 del CCT 36/75 que establece su ámbito de aplicación- al transporte y distribución de electricidad, mientras que califica la actividad de generación de energía como de "interés general" afectada a dicho servicio. En mi opinión, la distinción conceptual apuntada carece del efecto trascendente que el recurrente le atribuye. El art. 1 del CCT 36/75 textualmente reza: "El presente convenio será de aplicación a todos los trabajadores dependientes de entidades prestatarias del servicio público de electricidad, ya sean pertenecientes al Estado Nacional, Provincial, Municipal, Comunal, Cooperativas y particulares afectados a cualquiera de las siguientes etapas: Producción, Transmisión, Distribución y/o Comercialización o indistintamente a sus servicios auxiliares ...". Sobre esa base, no se advierte como ilógica o manifiestamente irrazonable la solución por la que se inclina el Tribunal de grado, la que, en definitiva, hace prevalecer el hecho de que la actividad principal de la empresa -producción de energía- se encuentra incluida entre las etapas que el convenio concretamente enumera al establecer su propio ámbito de aplicación. Ello, con abstracción de que los cambios ocurridos en la década pasada en punto a la reasignación de las funciones del Estado -con el consiguiente proceso de privatización de los servicios públicos- hayan determinado que a efectos de promover la participación del sector privado se considere a la actividad de generación de energía como de "interés general", bien que afectada a la prestación de un servicio público. La tesis que antecede

se refuerza si se considera que la ley 15.336, norma que regula el régimen de la energía eléctrica, incluye a la generación de electricidad dentro de las actividades de ese sector industrial. Por su lado, la ley 24.065 que estableció el marco regulatorio eléctrico, realiza a este solo efecto (regulatorio), una diferenciación entre las etapas. Al transporte y a la distribución los conceptualiza como un servicio público y a la generación la considera de interés general, afectada a dicho servicio y encuadrada en las normas legales y reglamentarias que aseguren su normal funcionamiento. La distinción entre los conceptos "servicio público" e "interés general afectado al servicio público" radica, dentro del marco citado, en la fijación de la tarifa y en el grado de intromisión del Estado en ella. El decreto 1398/92, reglamentario de la ley 24.065, determina que la actividad de generación, destinada a abastecer de energía a un servicio público, será considerada de interés general, respondiendo al libre juego de la oferta y la demanda; en tanto la distribución y el transporte son considerados servicios públicos por su naturaleza monopólica, monopolio natural en el primer caso y, en el segundo (transporte), compartiendo las reglas propias del mercado por sus especificidades atinentes a la expansión. De lo expuesto surge lo acotado de la distinción que efectúa la ley 24.065 y su decreto reglamentario. Sostener lo contrario implicaría la desnaturalización del servicio público de prestación de electricidad al entender que una de sus etapas, la esencial, no forma parte de él, como si pudiera escindirse sin afectar la prestación. Por último, se estima pertinente destacar que lo que define la presencia de un servicio público es la satisfacción de una necesidad o un interés general. Estamos en presencia de un servicio público cuando los poderes públicos asumen la satisfacción de una necesidad o interés general, sea por sí o por concesión a particulares. Esta nota de la titularidad es esencial. Los elementos para que un servicio sea público son: 1) la satisfacción del interés general, como "fin" determinante de la creación del servicio; 2) la decisión de la autoridad pública en el sentido de asumir la satisfacción de la respectiva necesidad general, en forma directa o indirecta; y, según nuestro criterio, 3) un régimen jurídico predominantemente de derecho público (Conf. Fernando Garrido Falla, Tratado de derecho administrativo, vol. II, Madrid, 1985, ps. 365 y ss). De cada una de estas características gozan las actividades de la industria eléctrica, cualquiera sea la etapa que se tome, pues cada una de ellas depende de las otras para que la prestación del servicio llegue finalmente al usuario. El otro aspecto que suscita el agravio de la recurrente es el relativo a que la empresa no estuvo representada en el ámbito de negociación del convenio colectivo aplicado por la Cámara. En efecto, no puede

desconocerse que el criterio general dado por la jurisprudencia señala que para que a una empresa le sea aplicable determinada convención colectiva de trabajo, no basta la representatividad ni la personería de la organización sindical firmante, sino que además esa empresa tuvo que haber estado representada en la comisión negociadora del sector empresario (Valentín Rubio: *¿Convenciones Colectivas de Trabajo?*, Ed. Rubinzal Culzoni, pág. 192). No obstante, no menos cierto es que en el caso de autos, ello se debió a que la empresa demandada resultó adjudicataria de la licitación pública especial N° 2/93 en noviembre de 1993 y comenzó a operar en marzo de 1995 (dos décadas después de la celebración del convenio de la actividad). Ello se hizo en un contexto en el que el Estado retiró su presencia de campos de actividad que antes se reservaba, delegando en empresas privadas multiplicidad de funciones económicas relativas a la producción y distribución de bienes y servicios (telecomunicaciones, electricidad, hidrocarburos, etc.). En ese marco, no parece irrazonable considerar que basta con que la actividad específica de la empresa haya tenido representación para que le sea aplicable la convención colectiva. Al respecto agrega, Rubio (op. cit.): *¿H. Recalde sostiene que, por ejemplo, no caben dudas de que en el caso de un restaurante o un hotel que se inauguraran con posterioridad a la firma del convenio hotelero gastronómico, igualmente les sería aplicable ese convenio por cuanto es el que contempla la actividad principal de dichas explotaciones (citando en correspondencia los fallos de la CNAT, sala VI, 6-11-94, ¿Urso, Adolfo Gustavo c/Distribuidora Austral de Publicaciones SA s/Despido?, sent. 41.439; sala V, 12-2-63, ¿Kening, Matilde c/Viuda de Juan Spreafico?) (pág. 191). En consecuencia, y más allá del esfuerzo argumental desplegado, cabe señalar que la discrepante opinión que exhibe el interesado, en orden a la pretendida inaplicabilidad del CCT 36/75, es ineficaz para demostrar la existencia de absurdidad en lo decidido por el grado. Desde un punto de vista dogmático legalista es imposible encontrar una solución justa para normas laborales establecidas hace treinta años para un modelo estatista de gestión de empresas públicas y un nuevo modelo mayoritariamente privado o privatizado (ley 24.065) donde subsisten algunas instituciones de la ley 15.336. Es por ello insuficiente la argumentación de lo sabido, es decir, de lo que la ley no podía contemplar por estar temporalmente fuera del sistema, razón por la cual la empresa no podía ser parte de ninguna convención colectiva. Ello, sin perjuicio de señalar que la convención colectiva 36/75 es obligatoria por ser una convención colectiva de actividad. El juez debe trepar entonces al plano axiológico para encontrar soluciones satisfactorias. Tales son las establecidas por los arts. 14 bis de la*

C.N. y la interpretación sistémica de los arts. 8°, 9° y 11° de la LCT. Habrá de estarse a la interpretación más favorable al trabajador, máxime cuando no se encuentra disvalor alguno en continuar aplicando a los trabajadores del sector eléctrico el mismo convenio, aunque la incorporación del empleador- generador ocurra con posterioridad (art. 3 del Cód. Civ.). En síntesis, no existe laguna ni vacío normativo, sino un problema de interpretación o conflicto de derecho que se resuelve por la doctrina del conglobamiento orgánico o por instituciones, que impide fraccionar el régimen del convenio originario y que en el círculo hermenéutico ofrece una solución acorde a los principios del Derecho del Trabajo y resulta la más equitativa para el caso, de conformidad con las pautas de la ley 14.250 y 25.877..."

En conclusión la actora debió ser encuadrada en el Convenio Colectivo n° 36/75 pero a la fecha de su ingreso el 01-04-2008 la aplicación del mismo estaba suspendida por la apertura del concurso preventivo decretada el 10 de noviembre del año 2006 en los autos caratulados "Turbine Power Co S.A. s/Concurso Preventivo" en trámite por ante el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Comercial n° 9 a cargo de la Dra. Paula María Hualde, Secretaría n° 18 (II.6).

B- La aplicación de la normativa concursal al contrato laboral: En efecto, de acuerdo al art. 20, 3er y 4to. párrafo de la Ley de Concursos y Quiebras (en su texto al momento de los hechos, ya que luego los párrafos fueron suprimidos por la reforma operada por el art. 7 de la Ley 26.684 B.O. 30-06-2011) suspende la aplicación de los convenios colectivos vigentes por el plazo de 3 años o el de cumplimiento del acuerdo preventivo, el que fuere menor. Durante dicho plazo las relaciones laborales se rigen por los contratos individuales y la Ley de Contrato de Trabajo, y la concursada y la asociación sindical legitimada negociarán un convenio colectivo de crisis.

Con lo que durante ese período, la empresa concursada deberá mantener el mismo nivel salarial -incluidos los adicionales mensuales y anuales- que venía abonando o que debería haber abonado y las mismas condiciones laborales en que venía desarrollándose el contrato de trabajo. La apertura del concurso, habilita a la empresa a negociar con el sindicato legitimado un convenio colectivo de crisis y si no lo hace, los vínculos laborales se regirán por los contratos de trabajo individuales y la LCT.

Resulta equivocada la demandada, cuando pareciera sostener que durante ese período, el hecho de que los CCT quedaran suspendidos, la habilitarían a disponer unilateralmente rebajas salariales o cambios de las condiciones de trabajo por debajo de las establecidas en el convenio colectivo de alcance general.

Es que la suspensión de los convenios colectivos de trabajo no implica derogar el orden público laboral.

Siempre los contratos individuales de trabajo se regirían por la LCT y en ese marco, la empresa concursada no podría imponer rebajas salariales por imperio de lo dispuesto por el art. 12 de dicha norma -principio de irrenunciabilidad-, ni modificar las condiciones de trabajo más allá de los límites impuestos por el art. 66 del mismo cuerpo.

La doctrina sostiene que "...De ahí que consideramos que el principio de irrenunciabilidad resulta la garantía de cumplimiento de aquel objetivo del ordenamiento protectorio, por cuanto quita todo efecto a la voluntad del trabajador - unilateral o bilateral- destinada a privarlo de un beneficio reconocido a su favor. Básicamente, la irrenunciabilidad se refiere a la imposibilidad de abdicar derechos adquiridos o beneficios futuros garantizados en el orden normativo, en forma unilateral y gratuita..." (Rául Horacio Ojeda, Ley de Contrato de Trabajo, 2º T. I, pág. 166/167).

Ahora bien, en este caso, desde el inicio del contrato hasta su extinción el 04-01-2010, la relación laboral estuvo alcanzada por los efectos del concurso preventivo, por lo que los incrementos salariales que se hubieran pactado en el marco del CCT 36/75, no serían aplicables al contrato individual de la actora, pues dicho convenio estaría suspendido por aplicación de lo dispuesto por el art. 20 de la LCyQ.

En función de lo expuesto, en el presente caso no corresponde el reajuste de haberes reclamado por el período Enero/2009 a Diciembre/2009.

C.- La causal de despido y el derecho indemnizatorio.

En el proceso judicial es tarea de las partes probar la causal esgrimida en la comunicación de despido, dejando en manos del Juez la calificación de los hechos como injuriosos, no pudiendo decirse a priori que un hecho determinado constituya, en términos absolutos y en todos los casos, injuria, pues el mismo hecho, objetivamente considerado, puede configurar injuria en un caso y no serlo en otro. La prueba de la causa del despido recae en quien invoca la existencia del hecho injurioso. En caso de despido directo, el empleador debe justificar la causa, y si se trata de un despido indirecto, la carga probatoria corresponde al trabajador.

El intercambio postal habido entre las partes comienza el 28-12-2009 con CD de la empresa que intima a la actora a presentarse a trabajar y justificar su inasistencias de los días 23 y 28 de diciembre de 2009, bajo apercibimiento de considerar incurso en abandono de trabajo.

Le responde la trabajadora mediante TCL del 30-12-2009 manifestando que envió a través de compañero de trabajo certificado médico suscripto por la Lic. En Psicología Pedreschi dejando constancia que está bajo tratamiento psicoterapéutico con diag.: OMDSMIV: F32.2, no estando en condiciones de desempeñar actividad laboral. Aclara que el certificado fue entregado al gerente de planta Sr. Eusebio Nuñez.

El 04-01-2010 la accionada responde por medio de CD, en la que básicamente niega haber recibido el certificado, cuestiona que una psicóloga pueda diagnosticar y conceder licencia, por lo que considera que no justifico su ausencia de los días 23, 28, 29, 30 de diciembre de 2009 y 4 de enero de 2010, en consecuencia, prescinde de sus servicios por encontrarse incurso en abandono de trabajo.

La actora impugna esta decisión con TCL de fecha 08-01-2010, donde rechaza y niega incumplimiento. Alega haber justificado en forma debida la inasistencia. Señalando que en caso de que dudara de su dolencia pudo hacer uso del derecho de contralor propio, sin embargo, no niega la enfermedad, si cuestiona la forma o procedimiento para acreditar la misma. Niega abandono de trabajo.

Por último, la empleadora defiende su postura a través de CD del 12-01-2010 negando y rechazando los términos del TCL.-

Como surge del derrotero de hechos sucedidos entre las partes que llevaron a la extinción del vínculo se produce por la causal objetiva alegada por la empleadora de ?abandono de trabajo?, por lo que pasará al análisis de su procedencia o no en el caso.

El abandono como incumplimiento consiste en la violación, voluntaria e injustificada, del deber de asistencia y prestación efectiva por parte del trabajador.

El art. 244 de la LCT, expresa que ?el abandono de trabajo como acto de incumplimiento del trabajador sólo se configurará previa constitución en mora, mediante intimación hecha en forma fehaciente a que se reintegre al trabajo, por el plazo que impongan las modalidades que resulten en cada caso?.

Es decir que para que se configure el abandono de trabajo como causal específica del despido el art. 244 LCT, exige el cumplimiento de los siguientes requisitos: 1) constitución en mora; 2) intimación a reanudar tareas; y 3) plazo adecuado a las modalidades del caso. Además resulta necesario determinar que el ánimo del trabajador sea el de no reintegrarse a sus tareas, porque no toda ausencia refleja la existencia de ese elemento subjetivo.

Como sostiene el Dr. Eduardo Álvarez : ? ...La normativa desplaza, para esta tipología obligacional, el sistema de la mora automática de tradición romanista (el... dies

interpelat pro homine...) y crea la exigencia de una intimación concreta para que se cumpla con el débito laboral, que debe contemplar un plazo de acatamiento impuesto al deudor de la labor en relación a la naturaleza de la tarea y de las partes, apreciadas sin dogmatismos y en el escenario de la buena fe contractual a la que se refiere el ya citado artículo 63 de la LCT. Esta solución normativa establece una exigencia razonable que se proyecta sobre ambas partes del contrato: 1) En lo que concierne al empleador, implica la consolidación de su intención de mantener el vínculo y de poner en relieve la configuración del incumplimiento de una obligación esencial del contrato de trabajo, que constituye su causa fin y que reside en la prestación del servicio, definitorio de su objeto. 2) En lo que hace a la situación del trabajador, opera como una convocatoria a la reflexión y a la certeza y le da oportunidad de cumplir o alegar, en su caso, una causal de justificación, de existir ésta o estar en su intención, y, por otra, parte, posibilita una expresión más diáfana del animus...?, en otro párrafo agrega: ? ... En definitiva, subyace el deber de buena fe, que tiende a evitar conductas lesivas de carácter sorpresivo o abrupto y, así como la jurisprudencia pacífica exige que, pese a la mora automática, el trabajador antes de darse por despedido por falta de pago de salarios, intime a saldar el crédito, no es cuestionable un requisito análogo en lo referido a la obligación de ir a trabajar, en particular si se tiene en cuenta que podrían aducirse motivaciones que avalaran la omisión...?. (?Algunas precisiones en torno al abandono de trabajo como forma de extinción de la relación laboral?, Revista de Derecho Laboral, Tomo 2000-2. Extinción del contrato de trabajo II- Edit. Rubinzal Culzoni).-

Dado el marco normativo y la mirada interpretativa que se debe considerar en estos casos, en el presente conflicto tenemos una trabajadora que se ausenta de su trabajo el día 23 y 28 de diciembre de 2009, lo que motiva la intimación de la empleadora a presentarse a prestar servicios.

Le responde a la empresa poniendo en conocimiento que el día 28-12-2009 envió por medio de compañero certificado médico suscripto por la Lic. Psicóloga Juliana Pedreschi, con el diagnóstico OMSDSMIV: F 32.2 DE FECHA 23-12-2009, y que el certificado fue entregado al Sr Eusebio Nuñez, Gerente de Planta.

Hechos negados por la demandada en CD de 04-01-2010, y cuestiona que una psicóloga pueda diagnosticar y conceder licencia, por lo que considera injustificada su ausencia y hace efectivo el apercibimiento de abandono de trabajo.

A su vez la actora el 31-12-09 envía a la empresa nota y copia de los certificados médicos de Pedreschi con el servicio Full Postal, los que fueron recibidos el día

04-01-2010 conforme sello de Turbine Power Co. S.A. con firma sin aclarar (documental de fs. 27/29) lo que no fue desconocido.

Evidentemente se cruzaron la nota de la actora que fue despachada al domicilio lugar de trabajo y la comunicación de despido de la empleadora que la envían desde CABA.

Si bien la actora no acreditó en autos con el testimonio del compañero que llevó el certificado médico del 23-12-09, no obstante, lo comunica mediante su TCL del 30-12-09, y pone en conocimiento que estaba bajo tratamiento psicoterapéutico, lo cierto es que más allá del cuestionamiento de la prescripción de licencia por la Licenciada en Psicología, la trabajadora comunicó el impedimento que no le permitía cumplir con el débito laboral.

En todo caso en pro del principio de conservación del contrato, la empresa contaba con la facultad prevista por el art. 210 LCT, de efectuar el control médico.

Es evidente que la trabajadora no tenía intención de abandonar el trabajo, considero que se trató de ausencias que en todo caso pudieron considerarse justificadas o no, lo que en todo caso implicaría la pérdida de la remuneración correspondiente a las jornadas no trabajadas, más una posible sanción por su falta disciplinaria.

Pues, en principio, no procederá el despido por esta causal, porque el abandono de trabajo no se produce si el dependiente intenta de algún modo justificar su ausencia.

Esto más allá de que la trabajadora esté ausente por una enfermedad cuyo diagnóstico no comparta el empleador, éste cuenta con otras facultades para corregir un pretendido incumplimiento, pues no hubo en la trabajadora una actitud o intención de no cumplir, pues contestó el emplazamiento y envió nuevamente los certificados médicos.

Como sostiene el Dr. Raúl Ojeda a analizar este aspecto del abandono como el elemento inmaterial que subyace al mismo, ? ...Decíamos que el animus o intención será determinante en esta tipología extintiva y en el punto es conveniente distinguir entre la ?ausencia por abandono de trabajo? y la ?falta injustificada y sin aviso?, porque ante la estrictez del artículo 243 de la LCT, la invocación de una en la carta de despido cuando en realidad debía ser la otra, generará que ese empleador se encuentre en una posición desventajosa ante la acción, cuando, quizás, tuvo razón al rescindir el contrato. Al respecto resulta, una vez más, de suma utilidad citar a Alvarez, cuando afirma que no se configura el abandono de trabajo al que alude el artículo 244 de la LCT en los supuestos en que el trabajador alega que no estaba en condiciones de prestar servicios por razones de salud, aunque luego no lo acredite, porque, como se afirmó con énfasis en aquellas oportunidades, en esos casos no se ?abandona? la relación laboral sino que invoca una

justificación para no cumplir con la obligación prevista en el artículo 84 de la LCT, que puede tener un margen de litigiosidad e incluso constituir la base de un incumplimiento relevante, pero no permite concluir que existió una intención definitiva de abdicación. Ésta ha sido la tesis de Justo López, quien expresó con toda claridad que no debe confundirse el abandono de trabajo, descrito en la disposición legal mencionada, con las simples inasistencias, ya que el primero exige ausencias sin intento de justificación y no debería identificarse este supuesto con el mero incumplimiento, cuestionable sin duda, de la obligación de ir a trabajar en tiempo oportuno...?. (*Ley de Contrato de Trabajo? Comentada y concordada, Tomo III, pág. 407, Edit. Rubinzal- Culzoni*).

A esto debo agregar, que resulta excesiva la sanción de la conducta con el abandono de trabajo, cuando no se ha acreditado en autos incumplimientos de la actora de las mismas características, ausencias injustificadas, llegadas tarde, reiterada presentación de certificados médicos etc, todo lo me lleva al convencimiento que la injuria que se configura a través del abandono de trabajo no es el supuesto que se plantea en autos, por lo que considero que estamos ante un despido arbitrario en los términos del art. 245 LCT.

Observando lo sucedido en esta relación, me permite concluir que el proceder de la empleadora no fue adecuado a derecho ni a los principios rectores de toda relación laboral, como dice el art. 62 de la LCT: ? Las partes están obligadas, activa y pasivamente, no sólo a lo que resulta expresamente de los términos del contrato, sino a todos aquellos comportamientos que sean consecuencia del mismo, resultan de esta ley, de los estatutos profesionales o convenciones colectivas de trabajo, apreciados con criterio de colaboración y solidaridad?, y consecuente con lo dicho el art. 63 dice: ? Las partes están obligadas a obrar de buena fe, ajustando su conducta a lo que es propio de un buen empleador y de un buen trabajador, tanto al celebrar, ejecutar o extinguir el contrato o la relación de trabajo?.

III. PAUTAS PARA EL CALCULO DE INDEMNIZACIONES Y DIFERENCIAS DE HABERES ADEUDADAS.

1.- Diferencias salariales: Como dijera en estos considerandos dada la situación concursal de la demandada, el período reclamado quedo comprendido dentro de los efectos de la suspensión de la aplicación de incrementos salariales derivados de negociaciones colectiva.

Atento que ante el reclamo la empleadora no comunicó su situación concursal, por lo que la actor pudo considerarse con derecho a reclamar este rubro, por lo propicio que

las costas se impongan por su orden.

2.- Indemnización por antigüedad en los términos del art. 245 de la LCT, e indemnización sustitutiva de preaviso (art. 232 LCT).

En este caso, no se encuentra controvertida la antigüedad de la actora de dos (2) años, por el periodo trabajado entre el 01-04-2008 hasta el 01-01-2010 es decir dos años y fracción mayor de 3 meses, por lo que a los fines indemnizatorios tomaré como la mejor remuneración mensual, normal y habitual la suma de \$ 2.600.-

En cuanto a la indemnización sustitutiva de preaviso tomaré la misma suma de \$ 2.600, en función del principio de la normalidad próxima.

3.- Haberes periodo de enfermedad inculpable: Se acreditó en autos que la actora estuvo bajo licencia medica con prescripción de reposo hasta al menos el 09-04-2010 conforme informe de fs. 202 del Dr. Ligarribay -donde aclara que se produjo el alta medica por abandono-, quién a su vez había indicado sucesivos reposos que se acreditan con certificados de fs. 26 y 30, reconocidos en la audiencia de vista de causa por el experto. Se reclaman en este concepto haberes por 5 meses hasta el 31-05-2010 fecha de alta medica. Al respecto cabe decir que no se acreditó el alta médica. Solo la aclaración en el informe médico de abandono.

A esto debo decir que ante la extinción de la relación de trabajo por una causa imputable al empleador durante el período denominado de interrupción paga por accidente o enfermedad inculpable, le impone a aquél el deber de abonar los salarios que hubieran correspondido al trabajador hasta la finalización de los plazos legales.

En este caso teniendo en cuentas los parámetros del art. 208 de la LCT, a la trabajadora con una antigüedad de 1 año y 8 meses, sin que acreditara en autos carga de familiares, su licencia con derecho a percibir remuneraciones se extiende al periodo de 3 meses, que se liquidaran infra.

4.- Indemnización art. 1 Ley 25323: Las razones expuestas en los párrafos precedentes abonan a su vez el rechazo del rubro, en tanto se trata de un incremento indemnizatorio que se impone para el supuesto de una relación laboral que al momento del despido no esté registrada o lo esté de modo deficiente.

Es criterio al respecto, que el art. 1° de la ley 25.323 alude a los conceptos de relación no registrada o registrada de modo deficiente sin definirlos. Por ello debe remitirse a la ley 24.013, debiendo considerar una relación laboral no registrada la determinada en el art. 7° de dicha ley y relación laboral registrada 'de modo deficiente' aquella en la que se consignare en la documentación laboral una fecha de ingreso posterior a la real (art. 9

ley 24.013), o una remuneración menor que la percibida por el trabajador (art. 10 ley 24.013)?? (cfr. CNAT; Sala IV; Expte.Nº 17.802/07; Sent.Def. Nº 94.347 del 20/10 /2009; ?Lebon, Carlos Alberto c/ Acquanova SA y otros s/ despido?). Como que ??con relación a la relación registrada de 'modo deficiente' debe entenderse que el objetivo de la ley 25.323 es erradicar el trabajo clandestino mediante una condena pecuniaria, por lo que en este supuesto se debe estar a lo dispuesto en los arts. 7, 9 y 10 de la ley 24.013 y no al criterio amplio por el cual quedaría comprendido todo supuesto en que esté distorsionado algún dato de la relación de empleo. Por ello, ante el supuesto en que la trabajadora haya sido registrada en una categoría diferente a la efectivamente desempeñada, no corresponde el incremento del art.1 de la ley 25.323?? (cfr. CNAT Sala VII; Expte. Nº 14.559/05; Sent.Def. Nº 39.682 del 31/10 /2006; ?Rossi Pastor, María Luciana c/ PC Arts Argentina s/ despido?).

En el caso, la actora reclama en su demanda un encuadre convencional de acuerdo a la actividad de la demandada, con las consecuentes diferencias de haberes, que si bien le asiste razón en cuanto al encuadre convencional conforme los argumentos expuestos en el considerando, lo cierto es que su contrato que estando comprendido dentro de la suspensión prevista por normativa concursal, y sujeto a la convención de las partes, sin diferencias salariales a liquidar, no configura la situación de deficiente registro que se pretende en la demanda.

Se rechaza este rubro con costas por su orden por los mismos motivos expuestos en el punto 1.- de este acápite.

5.- Indemnización art. 2 Ley 25323: En relación al supuesto del art. 2 de la ley 25323, la demandante da cuenta mediante la remisión de Telegrama de fecha 18-01-2010 dirigido a la demandada de su intimación de pago de las indemnizaciones derivadas del despido estando ya en mora la parte empleadora (art. 128 LCT), cumpliendo de esta manera con el presupuesto intimatorio previo.

Para su viabilidad, se requiere que el trabajador haya intimado fehacientemente a la empleadora a que le abone las indemnizaciones previstas por los arts. 232, 233 y 245 de la LCT, que el empleador omita el pago de las mismas y que ello obligare al trabajador a iniciar acciones judiciales, por lo que en vistas de que el emplazamiento fue realizado en tiempo oportuno, corresponde hacer lugar al incremento indemnizatorio del art. 2 de la ley 25323.

6.- Multa del art. 80 LCT: Se liquida en la demanda la multa prevista en esta norma, lo que me lleva a tener que analizar su procedencia.

Como sabemos, tiene por objeto compeler al empleador a que cuando extinga la relación, entregue al trabajador: a) constancia documentada de su obligación de ingresar fondos de la seguridad social y sindicales a su cargo; b) certificado de trabajo. Para ello, el decreto reglamentario 146/01 (art.3) aclaró que el trabajador queda habilitado para hacer el requerimiento fehaciente de los mismos, cuando el empleador no hubiese hecho entrega de ellos dentro de los treinta días corridos de extinguido por cualquier causa el contrato. O sea que es necesaria la concurrencia de: extinción, transcurso de treinta días dentro de los cuales debió haberse hecho la entrega, e intimación fehaciente si no se hizo la entrega de los certificados de trabajo. En el presente caso la relación laboral se extinguió el 04-01-2010, efectuando el emplazamiento el 09-02-2010 (fs. 17), por lo que habiendo cumplido con requisito legal se hace lugar a este rubro.

IV- CERTIFICACIÓN DE REMUNERACIONES Y SERVICIOS:

Debe condenarse a los demandados a hacer entrega al actor, dentro de los TREINTA DIAS de notificada y mediante su depósito en autos, de la Certificación de Servicios y Remuneraciones del art. 12 de la ley 24241 (que incluye el de cesación de servicios), bajo apercibimiento, en caso de incumplimiento, de aplicar a pedido de la parte actora una pena conminatoria (astreintes).

V-LIQUIDACIÓN: En base a lo expuesto la actora resulta ser acreedora de las sumas que se liquidan a continuación, a las que le agrega el interés devengado desde que cada monto es adeudado, lo que queda al siguiente tenor:

Indemnizaciones

Haberes Enero/2010 \$ 2.600,00

Intereses \$ 7.953,47

Haberes Febrero/2010 \$ 2.600,00

Intereses \$ 7.925,46

Haberes Marzo/2010 \$ 2.600,00

Intereses \$ 7.891,87

Indemnización Antigüedad \$ 5.200,00

Preaviso \$ 2.600,00

Indem. Art. 2 L 25323 \$ 7.800,00

Intereses \$ 63.831,46

Indem. Art. 80 LCT \$ 7.800,00

Intereses \$ 23.848,46

Total al 05-12-2019 \$ 142.650,72

El reclamo procede por la suma total de Pesos Ciento Cuarenta y Dos Mil Seiscientos Cincuenta con Setenta y Dos Centavos (\$ 142.650,72).-

Cabe agregar, que en cuanto a los intereses a aplicar a la indemnización por despido, se computan los de la tasa activa cartera general (préstamo) nominal anual vencida a treinta días de Banco de la Nación Argentina conforme criterio STJRN en causa "Loza Longo" dictado en 27-05-2010, esto hasta el 24-11-2015. Aplicándose a partir del 25-11-2015 el criterio sentado por el STJRN en la causa: ?Jerez Fabián Armando c/Municipalidad de San Antonio Oeste? (Expte. LS3-11-STJ2015), esto es, la tasa nominal anual para préstamos personales libre destino del Banco de la Nación para un plazo de 49 a 60 meses. Y a partir del 01-09-2016 la misma tasa pero en operaciones de hasta 36 meses, conforme criterio fallado en ?Guichaqueo Eduardo Ariel c/ Provincia de Río Negro (Policía Río Negro) s/ Accidente de Trabajo s/Inaplicabilidad de Ley?, (Expte. 27980/15- STJ) Sentencia del 18-08-2016. Y a partir del 01-08-2018 la tasa prevista por el reciente fallo del STJRN en la causa: ?Fleitas Lidia Beatriz c/ Prevención ART S.A. s/ Accidente de Trabajo s/ Inaplicabilidad de Ley? (Expte. N° H-2RO-2082-L2015// 29826/18-STJ) Sentencia del 04-07-2018, en la que Máximo Tribunal adopta con carácter de doctrina legal a partir del primer día del mes siguiente al dictado del fallo, la tasa establecida por dicha institución oficial para prestamos personales libre destino hasta 72 meses o la que en el futuro se establezca como de plazo menor. Intereses que en este caso se calculan al 05-12-2019. Aclarando que seguirán devengándose hasta el efectivo pago.

VI- COSTAS JUDICIALES:Atento los vencimientos parciales y mutuos conforme lo expuesto en estos considerandos, las costas se imponen en función de los importes de condena a cada uno (cf. arts. 68 y 71 del CPCyC. y 25 L. 1.504).

A efectos de calcular los honorarios de los profesionales intervinientes, debemos considerar como monto del litigio el de \$ 171.957,81 que resulta de los montos de condena (\$ 142.650,72 a cargo de la demandada, y \$ 29.307,09 por el rechazo con costas por su orden), ello de conformidad con los precedentes del STJ "MORETE", "JARA" y "RABANAL". TAL MI VOTO.

A las mismas cuestiones la Dra. Gabriela Gadano dijo: coincido con la descripción de los hechos y el desarrollo de la prueba ocurrida en audiencia de vista de causa con la vocal que me precede, y adhiero a los fundamentos fácticos y razonamientos jurídicos.

A las mismas cuestiones, el Dr. Juan Ambrosio Huennumilla dijo: habiendo coincidido las vocales Gadano y Vicente sobre la descripción de lo acontecido en audiencia de

vista de causa, hechos que, ensamblados con el resto de las acreditaciones que se invocan y el derecho aplicable al caso dan origen al acogimiento favorable de la demanda, adhiero a lo votado precedentemente por los mismos fundamentos fácticos y razonamientos jurídicos.

Por todo lo expuesto, la CAMARA SEGUNDA DE TRABAJO DE LA 2DA CIRCUNSCRIPCION JUDICIAL , con asiento en esta ciudad;

RESUELVE: I.- HACER LUGAR parcialmente a la demanda deducida por MARIELA NOEMI GALICCHIO contra TURBINE POWER CO S.A. y en consecuencia condenar a ésta última a pagar a la primera, en el plazo DIEZ (10) DIAS de notificado, la suma total de PESOS CIENTO CUARENTA Y DOS MIL SEISCIENTOS CINCUENTA CON SETENTA Y DOS CENTAVOS (\$ 142.650,72), por los conceptos que se dan cuenta en los considerandos, importe que incluye intereses calculados hasta el 05-12-2019, y que seguirán devengándose hasta el efectivo pago.

II.- Condenar a la demandada a hacer entrega a la actora, dentro de los TREINTA DIAS de notificados y mediante su depósito en autos, bajo apercibimiento, en caso de incumplimiento, de aplicar a pedido de la parte actora una pena conminatoria (astreintes). Con costas a la demandada, estando la regulación honoraria comprendida en el punto V de este resuelve.

III.- RECHAZAR parcialmente la demanda instaurada por la actora contra TURBINE POWER CO S.A., por los conceptos reajuste de haberes y art. 1 de la ley 25323, con costas por su orden.

IV.- Las costas judiciales se imponen las costas en un 85,00% a cargo de TURBINE POWER CO S.A.. y un 15,00% por su orden. De esta manera se regulan los honorarios del Dr. Arturo Enrique Llanos en su carácter de letrado patrocinante de la actora por las dos etapas cumplidas en la suma de \$ 24.075.- (MB. X 14%), y los de los Dres. Carlos Zarzur y Carla Castiglione apoderados de la demandada en la suma conjunta de \$ 28.888.- (MB. x 12% x 40%), - MB. \$ 171.957,81, todo conforme lo previsto por los arts. Arts. 6,7,9, 10, 20, 38 y 40 Ley de Aranceles, Acord. STJ 9/84 y art. 277 LCT).-

V.- Las regulaciones de honorarios se hacen en consideración del importe pecuniario del proceso, importancia, calidad y extensión de los trabajos realizados. Asimismo, que no incluyen el porcentaje correspondiente al Impuesto al Valor Agregado, por lo que de corresponder deberán los profesionales dar cumplimiento con las disposiciones de la Resolución General AFIP N° 699/99.

VI.- Una vez que se encuentre firme la presente sentencia, por secretaría practíquese

planilla de impuestos; sellados y contribuciones la que deberá ser abonada por la demandada condenadas en costas la firma Nelli & Fenizzi Construcciones SRL, conforme lo dispuesto por la Ley 3234 y dentro del término de quince días de notificada la presente, bajo apercibimiento de lo dispuesto por el Código Fiscal.

Regístrese, notifíquese y cúmplase con Ley 869.

DRA. MARÍA DEL CARMEN VICENTE

-Presidente-

DRA. GABRIELA GADANO DR. JUAN A. HUENUMILLA

-Juez- -Juez-

Ante mí: DRA. MAGDALENA TARTAGLIA

-Secretaria-