



NEUQUEN, 7 de febrero de 2024.

Y VISTOS:

En Acuerdo estos autos caratulados: "**ZIMMER JORGE GABRIEL C/ PROECO S.R.L. S/DESPIDO Y COBRO DE HABERES**", (JNQLA5 EXP N° 514624/2019), venidos a esta **Sala II** integrada por los vocales Patricia **CLERICI** y José **NOACCO**, con la presencia de la secretaria actuante Valeria **JEZIOR** y, de acuerdo al orden de votación sorteado, **la jueza Patricia CLERICI dijo:**

I.- La parte demandada interpuso recurso de apelación contra la sentencia de hojas 359/364vta., dictada el día 21 de septiembre de 2023, que hace lugar parcialmente a la demanda, con costas a la accionada.

a) En su memorial de hojas 366/370vta. - presentación web n° 513021, con cargo de fecha 28 de septiembre de 2023-, la recurrente se agravia señalando que ha existido una evaluación parcial de las pruebas rendidas en el proceso por parte de la jueza de grado, que influyó en la decisión del convenio colectivo a aplicarse, resolución que solamente se apoya en la prueba informativa, pero no en toda su extensión.

Dice que se ha omitido examinar las declaraciones testimoniales, tanto de los testigos propuestos por la actora como por la demandada, quienes fueron contestes en manifestar que la empresa tuvo un grupo, una cuadrilla, que se dedicaba al buceo, dentro del cual se encontraba el actor, con la finalidad de realizar trabajos relacionados con la ejecución de obras, reparaciones y remoción de sedimentos en ductos, cañerías y demás instalaciones. Precisa que tanto los testigos L. -propuesto por la actora-, como U. -propuesto por la demandada- declararon de manera unívoca que en la obra contratada en Mari Menuco les encomendaron la tarea de hacer excavaciones con martillos neumáticos (en palabras de U., un dragado), para realizar una pileta y que el agua pudiera llegar a las

compuertas, o que no importara el nivel del agua “y pudieran caer las bombas en esa pileta que se hizo”.

Vuelve sobre los dichos del testigo U., señalando de entre ellos: “fuimos subcontratados por la empresa RJ, la cual era una constructora y que fue quién ejecutó la obra de la toma de Mari Menuco y a la pregunta realizada de a qué industria se refería, contestó, construcción, empresas constructoras”. Agrega que también señaló dicho testigo que la demandada ya no se dedica a construcción, sino solo a saneamiento, pero que ello fue con posterioridad a la desvinculación del actor.

Entiende que con mayor precisión declaró el testigo C., refiriendo que, al momento de ingresar a la empresa, ésta tenía dos actividades bien definidas, una de buceo y reparación de ductos, o lo que sea en el agua; y la otra de saneamiento ambiental, limpieza de terrenos, cambio de tierra por derrames de petróleo, haciendo además algunas obras civiles de pequeña envergadura; y que a partir de 2018, el buceo se dejó de lado, aclarando que con relación a esta última actividad, desde su punto de vista, corresponde el encuadramiento en el CCT 546/08 (UOCRA YACIMIENTO), en tanto la empresa tenía como una de sus actividades principales la construcción. Agrega que este testigo también explica por qué se eligió ese convenio, y que la actividad de buceo no se encuentra prevista en ningún convenio.

Señala que las declaraciones testimoniales también dan cuenta de la variedad de empresas y organismos que contrataban con la demandada, y que la jueza a quo no tuvo en cuenta la prueba informativa en su totalidad.

Afirma que, de acuerdo con los antecedentes detallados y lo establecido en el art. 1 de la ley 22250, no quedan dudas de que la demandada realizaba tareas de reparación, excavación y conservación de obras de ingeniería o arquitectura y, por ende, el encuadre convencional correcto es el que aplicó la accionada.

Manifiesta que, además de ser la actividad principal de la demandada, el actor desarrollaba las tareas para las que fue contratado dentro de la actividad de la construcción.

Pone de manifiesto que el demandante ingresó bajo la categoría de Oficial Especializado.

Cita jurisprudencia.

En segundo lugar se queja por la falta de consideración de la suma abonada en concepto de fondo de desempleo (§ ...), cuya percepción se encuentra reconocida por el accionante.

Como tercer agravio plantea que la jueza a quo no analizó las impugnaciones que oportunamente realizara respecto del informe pericial contable.

Luego, cuestiona la aplicación de la multa del art. 80 de la LCT, en tanto la sentencia de grado omite ponderar el intercambio epistolar, dado que los certificados siempre estuvieron a disposición del trabajador, quién nunca se presentó en la sede de la empresa para su retiro, no existiendo prueba, además, que acredite la resistencia de la empleadora en la entrega. Cita jurisprudencia.

Agrega que la empresa demandada no fue tampoco intimada correctamente, no habiéndose probado la intimación fehaciente pasados los 30 días del distracto.

También critica la aplicación de la multa del art. 2 de la ley 25.323, dado la inaplicabilidad de la norma para contratos de trabajo que no caen bajo la órbita de la LCT. Cita doctrina.

Subsidiariamente plantea que no se produjeron pruebas en la causa que acrediten que la falta de pago de las indemnizaciones pretendidas por el actor estuviera vinculada a una actitud renuente o evasiva por parte de la demandada.

b) La parte actora contesta el traslado del memorial en hojas 372/375 -presentación web n° 519889, con cargo de fecha 9 de octubre de 2023-.

Dice que no surge de las declaraciones testimoniales que la empresa demandada se haya dedicado a la construcción, ni que haya efectuado en forma constante tareas enmarcadas en el ámbito de la construcción, ni mucho menos que el actor -como buzo profesional- haya realizado tareas en esta actividad.

Sigue diciendo que se ha probado que la demandada tenía variedad de clientes: empresas petroleras, generadoras de energía -ajena al rubro petrolero-, ente encargado de proveer el servicio de agua potable.

Señala que el IERIC sólo se dedica a administrar el fondo de desempleo, pero lejos está de controlar quién paga.

En lo referente a descontar lo percibido en concepto de fondo de desempleo, destaca que dicho fondo se va formando con los propios aportes del trabajador (10% de su sueldo), por lo que mal puede considerarse como un pago del empleador. Agrega que es un aporte conminatorio estipulado por ley, que es sufragado por el propio trabajador.

Sostiene que la impugnación que realizó la parte demandada sobre el informe pericial refiere a que no es el perito quién puede decidir cuál es el CCT de aplicación, sino que ello debe ser decidido por el juez, no criticando la información vertida en el informe, sino su persona e idoneidad.

Con relación a la multa del art. 80 de la LCT, manifiesta que la demandada no acreditó que los certificados estuvieran a disposición del trabajador. Afirma que el actor concurrió a la empresa y que, ante la negativa de entrega de las certificaciones, remitió telegrama. Destaca que, al momento de

la presentación de la contestación del memorial, el certificado no ha sido confeccionado.

Agrega que la intimación se cursó más de un mes después de producido el distracto.

Finalmente, entiende que no existen razones para dejar sin efecto o disminuir la multa del art. 2 de la ley 25.323, destacando el encuadre ilegítimo del trabajador en un régimen inaplicable al buzo profesional.

II.- Ingresando en el tratamiento del recurso de apelación de autos, nos encontramos en esta causa ante un resolutorio algo incongruente con el objeto de la litis, ya que el actor planteó un conflicto de encuadramiento convencional *sui generis*, en tanto no existe puja entre dos convenios colectivos de trabajo, sino que lo querido por el demandante es que no se le aplicara la CCT en el cual la demandada había encuadrado la relación laboral, con el único objeto que no se le lo sujete al sistema de fondo de cese laboral previsto para el personal de la actividad de la construcción, y acceder al sistema indemnizatorio tarifado de la LCT, pero no denuncia un CCT en el cual considera que deba ser encuadrado.

Esta excepcionalidad del planteo de la parte actora se ve corroborada por el hecho que el reclamo por diferencias salariales los es por aplicación de la escala convencional del CCT que denuncia como inaplicable para su caso, pero no por el erróneo encuadramiento convencional.

Finalmente, la sentencia de primera instancia determina el encuadramiento convencional del trabajador en un CCT que nunca solicitó se le aplique, y las diferencias salariales que se acogen se corresponden con la escala salarial de este CCT y no el requerido por el demandante.

Sin embargo la parte demandada no ha formulado agravio sobre este aspecto.

Sentado lo anterior, he de comenzar el análisis de los agravios de la parte demandada por la cuestión del encuadramiento convencional.

Esta Sala II, en anterior y en actual composición, ha sostenido: *"...el encuadramiento convencional consiste en dilucidar cuál es el convenio colectivo aplicable a una relación de trabajo determinada, debiendo probarse al efecto que la empresa a la que pertenece quien lo reclama, cumple la actividad de la convención cuya aplicación se pretende...Tanto la sentencia de grado como el apelante son contestes en que el criterio rector para dirimir los conflictos de encuadramiento convencional es el de la actividad principal de la empresa. Este criterio parte del plenario de la CNAT "Risso c/ Química Estrella" (cfr. autos "Bruni c/ Stekli", EXP. 393.680/2009, 13/5/2014; "Sanhueza c/ Casa Lacar S.R.L.", EXP. n° 375.330/2008, 5/8/2014; "Rodríguez c/ AlphaPiper Services S.R.L.", EXP. n° 472.956/2012, 6/4/2017, "Peña con Transecología S.R.L.", EXP. n° 400.176/2009, 20/10/2021, entre otros). De igual modo el Tribunal Superior de Justicia ha aplicado el criterio del fallo plenario "Risso c/ Química Estrella" en autos "Asencio c/ Grúas Gut S.R.L." (EXP. n° 4/2007, Acuerdo n° 34, 23/12/2009, del registro de la Secretaría Civil).*

Cabe recordar que en el citado plenario "Risso c/ Química Estrella" se concluyó que en los casos en que el empleador tenga a su servicio trabajadores que realicen tareas distintas a las que exige su actividad específica, no debe considerárselo comprendido en las convenciones colectivas de trabajo que contemplan específicamente la profesión o el oficio de esos trabajadores.

Corresponde entonces analizar, más allá de las tareas específicas del actor (buzo), cuál es la actividad principal de la demandada, en tanto esta cuestión es la primera

pauta a considerar para definir el convenio colectivo de aplicación.

Veamos la prueba producida.

El contrato social de la demandada exhibe un objeto social amplio, pero que no encuentro se vincule con la actividad de la construcción. El texto de dicho contrato dice: *"La sociedad tiene por objeto: I.- PROTECCION AMBIENTAL: control de derrames de hidrocarburos y mercancías peligrosas, emergencias químicas, tratamiento de aguas y tierra contaminadas, planes de contingencias, informes ambientales, seguridad en transporte de mercancías peligrosas, análisis de la calidad del aire, aire comprimido para autorespiradores, protección de canales de riego a zonas productivas por derrames de hidrocarburos, detección, contención y remolque de hidrocarburos en aguas, limpieza y desobstrucción de conductos, aspiración de barros y fluidos contaminados, simulacros ante derrames de hidrocarburos, mantenimiento, venta, fabricación y asesoramiento de equipos para control de derrames, emergencias 24 hs. II.- SERVICIOS INDUSTRIALES ORIENTADOS A OPERACIONES EN AGUAS: construcción, reforma y reparación de obras hidráulicas, robótica submarina, buceo profesional, protección de costas, relevamientos topobadimétricos de cuencas, asistencia náutica en operaciones industriales, auxilio y sostén, reflotamientos, salvamentos, achique industrial de zonas inundadas, , recuperación de zonas inundadas, dragado y canalización, mantenimiento de tomas de agua, estructuras metálicas sumergidas y plataformas flotantes, filmaciones submarinas, monitoreos y mantenimientos programados, sistemas de alertas tempranas, mantenimiento, venta, fabricación y asesoramiento de equipos submarinos. III.- CAPACITACIÓN DE PERSONAL, ENTRENAMIENTO INDUSTRIAL Y ASESORAMIENTO, orientado a temas de protección ambiental y servicios industriales orientados a operaciones en aguas detallados en el punto II.- IV.- SERVICIOS INMOBILIARIOS Y*



DE ALQUILER: relacionados con administración, compra, alquiler y venta de automotores, inmuebles y robot. V.- REPRESENTACION NACIONAL E INTERNACIONAL: importación, exportación, venta y comercialización de robot y equipos específicos utilizados en servicios industriales orientados a operaciones de agua” (hoja 183/vta.).

La demandada aplicó a la relación laboral con el actor el CCT n° 545/2008. Ahora bien, si analizamos el texto de dicho convenio colectivo, su art. 1 delimita el ámbito de aplicación personal del convenio a los trabajadores que se desempeñen para empleadores de la actividad de la construcción y que prestan servicios en obras de ingeniería o arquitectura contratadas por el operador de un yacimiento petrolero o gasífero, para ser realizado dentro del yacimiento y correspondientes a su actividad principal o coadyuvante, o definidas expresamente en el contrato de locación de obra del yacimiento.

Tal como lo sostiene Jorge J. Sappia, el ámbito personal de validez de la ley 22.250 (arts. 1° y 2°) considera a la obra como el centro nodal del sistema, y en su mérito ha reglado lo atinente a los sujetos sobre la idea de caracterizar la actividad de los empleadores, con relación a la cual ha conformado tres grupos: a) los empleadores que ejecutan la obra: b) los empleadores cuya producción está ligada a la obra, y c) los trabajadores que prestan servicios a tales empleadores (cfr. aut. cit., “Régimen laboral de la industria de la construcción” en “Estatutos particulares en el derecho del trabajo argentino”, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2017, pág. 23).

Vemos, entonces, que se encuentra ausente en el supuesto de autos esa concepción de obra como centro de la actividad de la demandada, más allá de que, ocasionalmente, pudiera haber realizado alguna construcción civil.

Y ello se advierte con mayor nitidez a poco que se avance en la lectura del CCT n° 545/2008. En efecto, si bien el art. 5 convencional precisa que el convenio es de aplicación a las actividades de la construcción dentro de yacimientos petroleros y gasíferos, en el continente y costa afuera, en los que se realicen tareas de perforación, terminación, preparación, producción de petróleo y gas, servicio de ecología y medio ambiente, servicio de operaciones especiales y exploración geofísica, luego se advierte que ni la actividad de la demandada, ni la del trabajador de autos encuadran en ninguno de los apartados e incisos que enumera el artículo referido. Tampoco encuentro al buzo en la enumeración del personal comprendido en la convención que hace el art. 6 del convenio colectivo bajo análisis.

Menos aún puede entenderse que algunos de los servicios contratados por EPAS (hojas 193/206), u Orazul Energy Cerros Colorados S.A. (hojas 225/226), o YPF S.A. (hoja 245), encuadren en aquellas especificaciones.

Insisto falta, en la actividad de la demandada, la obra de construcción que permita entender que la actividad principal de la empleadora es justamente la construcción.

Es que, básicamente, la demandada se dedica a la prestación de servicios vinculados con la protección y remediación ambientales, y tareas subacuáticas, pero no a la construcción.

Ello otorga razón a la jueza de grado respecto a que resultó erróneo el encuadramiento convencional realizado por la demandada respecto del actor.

Ahora bien, esta exclusión del actor del ámbito de aplicación del CCT n° 545/2008 no lo coloca, en mi opinión, bajo las disposiciones del CCT n° 644/2012.

En efecto, si bien existe una Asociación Sindical de Buzos Profesionales, solamente cuenta con personería gremial para la provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur, reconociéndose la como asociación sindical simplemente inscripta para el resto del país (ver Resolución n° 658/2013 del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social).

Pero no encuentro que la actividad de la demandada pueda ser incluida en el ámbito del CCT n° 644/2012. En primer lugar porque no advierto que haya participado -directa o indirectamente- en la negociación y suscripción del convenio, ya que surge de su texto que el acuerdo fue celebrado por el Sindicato de Petróleo y Gas Privado de Río Negro, Neuquén y La Pampa, la Cámara de Exploración y Producción de Hidrocarburos (CEPH) y la Cámara de Empresas de Operaciones Petroleras Especiales (CEOPE).

Tal como lo señala Juan José Etala (h), el convenio colectivo de trabajo es ley para las partes que lo han firmado y para las empresas de la actividad que han sido representadas por el sector empleador en la negociación, siempre y cuando el mismo haya sido homologado administrativamente, ya que ello le otorga el carácter *erga omnes*. Pero pretender aplicarle un convenio colectivo a una empresa que no participó ni directa ni indirectamente en la negociación resulta legalmente inadmisibles (cfr. aut. cit., "Alcance de la obligatoriedad de un convenio colectivo de empresa", DT 2012, pág. 3264).

La actividad principal de la demandada exorbita a la de exploración y producción de hidrocarburos, como así también a las operaciones especiales, sin perjuicio que pudo haber participado de este tipo de actividad, pero conforme los contratos en cuyo marco se desempeñó el demandante existen actividades ajenas a las antedichas.

Luego, tampoco encuentro que dentro de este convenio se contemple concretamente las tareas desarrolladas por el actor para la demandada.

En definitiva, el actor no se encuentra comprendido por CCT alguno -no es obligatorio que toda actividad laboral cuente con un CCT que la rijan-, por lo que a su respecto le resulta aplicable la LCT.

III.- Lo resuelto en el apartado anterior tiene directa relación con el monto de las diferencias salariales, y de las indemnizaciones por despido incausado.

En efecto, dado que el actor no se encuentra incluido en el CCT n° 644/2012, y toda vez que en su demanda ha reclamado diferencias salariales tomando como parámetro de referencia la escala salarial del CCT n° 545/2008 -aplicado por la empleadora-, las referidas diferencias salariales han de progresar por la suma de \$..., conforme liquidación efectuada por el perito contador en su informe de hojas 261/276, no impugnada por las partes en este aspecto.

En cuanto a los rubros indemnizatorios, la mejor remuneración mensual, normal y habitual del trabajador ha sido la del mes de mayo de 2018 -conforme informe pericial contable-, por \$ Consecuentemente, la indemnización del art. 245 de la LCT progresa por la suma de \$...; en tanto que la indemnización sustitutiva del preaviso es de \$...; SAC sobre indemnización sustitutiva preaviso, \$...; integración mes del despido, \$...; SAC sobre integración mes del despido, \$...; días trabajados agosto/2018, \$

De acuerdo con las constancias de la causa, la multa del art. 80 de la LCT no puede progresar.

El trabajador intimó la entrega de los certificados de ley en forma extemporánea -conjuntamente con la comunicación del despido-. No obstante ello, la demandada le

hizo saber que la documentación se encontraba a su disposición en la sede de la empresa (carta documento de fecha 2 de agosto de 2018, hoja 51), puesta a disposición que reiteró mediante carta documento de fecha 13 de agosto de 2018 (hoja 53).

El día 11 de septiembre de 2018 el trabajador remite telegrama obrero denunciando que los certificados no estaban en la sede de la empresa pero no formula ninguna intimación de entrega (hoja 54).

De acuerdo con el intercambio epistolar, asiste razón a la recurrente en orden a que no se ha configurado el incumplimiento que habilite la aplicación de la penalidad prevista en el art. 80 de la LCT.

Mario E. Ackerman explica: *"El incumplimiento que da lugar al pago de la indemnización sólo se produce cuando el empleador no entrega las constancias documentadas o el certificado de trabajo dentro de los dos días hábiles computados a partir del día siguiente al de la recepción del requerimiento que a tal efecto le formulare el trabajador de modo fehaciente"* (cfr. aut. cit., "Ley de Contrato de Trabajo comentada", Ed. Rubinzal-Culzoni, 2016, T. I, pág. 702). Y en autos falta esta intimación.

Reitero, la única intimación realizada fue extemporánea (art. 3°, decreto n° 146/2001), y luego, constatado el incumplimiento, no se formuló correctamente el requerimiento de entrega.

Se deja sin efecto, entonces, la aplicación de la multa del art. 80 de la LCT.

En cuanto al agravamiento indemnizatorio del art. 2 de la ley 25.323, el trabajador intimó formalmente el pago de las indemnizaciones de ley (telegrama de hoja 50), las que no fueron abonadas por el empleador, por lo que aquél es procedente.

La pretensión de la parte demandada de reducir el importe de este agravamiento no ha de prosperar en atención que, más allá de la falta de reclamo por parte del trabajador durante el desarrollo de la relación laboral respecto del encuadramiento convencional, tal encuadramiento es visiblemente incorrecto, no pudiendo entenderse la existencia de dudas en la empleadora.

Se confirma la aplicación de la multa del art. 2 de la ley 25.323, pero por la suma de \$..., dado la modificación del importe de los rubros indemnizatorios.

IV.- El agravio referido a la omisión de deducir del importe de condena, lo percibido por el trabajador en concepto de fondo de cese laboral no puede ser abordado por la Cámara de Apelaciones, ya que no fue una cuestión sometida a la decisión de la jueza de primera instancia (art. 277, CPCyC).

V.- Conforme lo dicho, propongo al Acuerdo hacer lugar parcialmente al recurso de apelación planteado por la parte demandada, y modificar, también parcialmente, el resolutorio recurrido, rechazando la aplicación de la multa del art. 80 de la LCT y dejando sin efecto el encuadramiento del actor en el CCT n° 644/2012; y, en consecuencia, reduciendo el capital de condena, el que se fija en la suma de \$...; confirmándolo en lo demás que ha sido motivo de agravio.

Las costas por la actuación en la presente instancia, teniendo en cuenta el éxito obtenido, se imponen en el orden causado (art. 71, CPCyC).

Regulo los honorarios profesionales por la labor ante la Alzada de los letrados ..., ... y ... en el 30% de la suma que se liquide a cada uno de ellos, por igual concepto y por su actuación en la instancia de grado (art. 15, ley 1594).

El juez José NOACCO dijo:

Adhiero al voto que antecede, expidiéndome en igual sentido.



Por ello, esta **Sala II**

RESUELVE:

I.- **Modificar** parcialmente la sentencia dictada el día 21 de septiembre de 2023 (hojas 359/364vta.), rechazando la aplicación de la multa del art. 80 de la LCT y dejando sin efecto el encuadramiento del actor en el CCT n° 644/2012; reduciendo el capital de condena, el que se fija en la suma de \$...; confirmándolo en lo demás que ha sido motivo de agravio.

II.- Imponer las costas de segunda instancia en el orden causado (art. 71, CPCyC).

III.- Regular los honorarios profesionales en el modo indicado en los Considerandos.

IV.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, en su oportunidad, vuelvan los autos a origen.

Dra. PATRICIA CLERICI Jueza Dr. JOSÉ NOACCO Juez

**Dra. VALERIA JEZIOR
Secretaria**