--- En la ciudad de Trelew, a los 28 días de octubre del año dos mil ocho, se reúne la Sala “B” de la Cámara de Apelaciones de esta ciudad, con la Presidencia del Dr. Aldo Luis De Cunto y presencia del Sr. Juez del Cuerpo Dr. Sergio Rubén Lucero, para celebrar Acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: “**A., V. M. c/ A. S.A. s/ cobro de pesos. laboral” (Expte. 22.873 - Año 2008)** venidos en apelación. Los Sres. Magistrados resolvieron plantear las siguientes cuestiones: PRIMERA: ¿Es ajustada a derecho la sentencia apelada? y SEGUNDA: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar? y expedirse en el orden resultante del sorteo practicado a fs. 207.----------

---------- **A LA PRIMERA CUESTIÓN** el Dr. Lucero dijo:----------

---

--- Vienen estos actuados a conocimiento de la alzada con motivo del recurso de apelación interpuesto por la parte actora (fs. 196), en contra del fallo definitivo dictado en autos (fs. 190/193) por el que se rechaza en lo principal la demanda deducida por el Sr. V. M. A. en contra de la empresa “A. S.A.”, condenando a ésta última a que dentro del plazo que fija abone al actor la suma de $ 1.402,50, con más los intereses que determina en el considerando II; e, imponiendo las costas en un 70% al actor y en el 30% restante a la demandada.-

------- El informe previsto por el art. 62 de la ley 69 se encuentra glosado a fs. 200/202.----------

------- Ordenado su traslado a la contraria (fs. 203) éste es evacuado por escrito obrante a fs. 204 y vta..----------

------- I.- La parte actora recurrente cuestiona el rechazo parcial de la demanda al considerar que su parte no era acreedor de las indemnizaciones por despido, la multa del art. 2 de la ley 25.323 y de las diferencias de los francos compensatorios que reclama. Asimismo, se alza respecto al modo de atribución de las costas. Se agravia por la no aplicación del art. 5 del C.C.T. 370/71 y en cuanto se considera en forma segmentada su antigüedad para rechazar su reclamo por despido directo ocurrido meses más tarde. Expresa que se entiende que a la gente de mar se le aplican las normas contenidas en la ley de contrato de trabajo, con lo cual en el caso concreto debe aplicarse los principios generales del derecho como así también el art. 18 de la L.C.T. con lo cual –asegura- el fallo hubiera sido otro. Dice de tal manera por los principios de

CECILIA INES CORNEO
SECRETARIA DE CAMARA

primacía de la realidad y la continuidad laboral. Asevera que es claro que la empresa le dio continuidad laboral a su parte y no pretendió su desvinculación al comunicarle su fin de relevo el día 05/07/04. Esto surge, dice, de su propia conducta al citarlo a un nuevo llamado a embarque días antes que se enrolara el día 29 de septiembre de 2004 en el mismo buque “V. R.” incluso de los recibos de sueldo donde se observa tal conducta atento que determinan como una nueva fecha de ingreso el día 12 de junio de 2006 (cita las fojas 3 y 4 del legajo de documental de la demandada). Tal comunicación de fin de relevo no tuvo definitivamente la intención de dar fin a la relación laboral, esto fue –expresa- obvio, atento que a nadie se lo despide para reiniciar la relación laboral casi cuatros meses después, abonándole en el ínterin salarios por enfermedad en ese tiempo y luego ante la misma situación, comunicándole un nuevo despido, salvo que realice tal práctica para impedir que el tripulante alcance la categoría de efectivo en un claro fraude laboral. Le causa agravio, manifiesta, la forma de computar los plazos para adquirir o no efectividad y que se considere para ello exclusivamente el tiempo de embarque y las fechas de conocimiento de los envíos de fin de relevo sin incluir en tal cálculo el tiempo de licencia por enfermedad. En términos generales manifiesta que la antigüedad se gana toda vez que la suspensión del contrato de trabajo no se deba a culpa del trabajador, es por ello que los períodos de licencia por enfermedad o por accidente también deben ser computados como tiempo de trabajo. Afirma que se demostró claramente en estas actuaciones que hubo continuidad laboral entre las partes, la comunicación de fin de relevo de fecha 05/07/04 no puede considerarse como final de la relación laboral por la conducta posterior que la misma demandada realizó al citarlo nuevamente a embarque. Convalidar la sentencia es fragmentar la antigüedad de su parte en un claro fraude laboral a efectos de evitar adquirir la efectividad de un trabajador marítimo, señalando que la norma convencional se refiere a la duración del contrato de ajuste o contratados sucesivos, esto es, a la duración total de la vinculación que incluye las licencias otorgadas como en este caso en particular. Trascribe el art. 5° del convenio con citas de los arts. 55 de los convenios 307/99 y 353/03, agregando la aplicación del principio de continuidad, precisando que implica que los contratos de trabajo son por tiempo indeterminado y duran hasta tanto alguna de las partes lo extinga, con cita de los arts. 2, 11 y 90 de la L.C.T.. Añade que el cómputo de la antigüedad a los fines indemnizatorios incluye la totalidad de los períodos

laborados a las órdenes del mismo empleador pues para todos los casos de reingreso la antigüedad integra con todo el tiempo, continuo o discontinuo, durante el cual haya estado vinculado por contrato de trabajo con su empleador. Dicha antigüedad nunca se pierde de manera definitiva, pues aún en caso de despido con causa el reingreso posterior hace renacer el derecho del trabajador a que se compute su tiempo de servicios a partir de su real fecha de ingreso. Más si, como en el caso, el trabajador no “volvió” a desempeñarse para su empleador sino que nunca dejó de prestar servicios aunque estos no fueran de manera efectiva. Es decir, concluye, que la antigüedad debe computarse en forma íntegra. Indica que tampoco comparte que se otorgue al segundo telegrama que le enviara la empresa, donde se le comunica el supuesto fin de la relación laboral en el cual se expresa “Comunicamos a Ud. fin de relevo”. Entiende que de ninguna manera tal comunicación tiene las exigencias mínimas que impone la L.C.T. para determinar el cese de la relación laboral. Además, expresa, en materia marítima el tripulante de relevo es una categoría convencional que se utiliza para reemplazar a otro tripulante efectivo que por algún motivo especial se ausenta (licencia gremial conforme art. 7 inc. B del C.C.T. 370/71), lo que no fue controvertido en autos. Incluso en los contratos de ajuste no figura tal categoría, al contrario, asegura que fue enrolado como marinero pescador (marinero de cubierta) con lo cual no puede determinar salvo arbitrariamente el fin de la relación laboral, con tal comunicación. Asevera que esta forma de determinar el fin del vínculo laboral es contraria a derecho y atento a ello la relación no ha fenecido como lo considera la Sra. Juez a quo en su fallo indicando que otro hubiera sido el caso si no hubiera retomado el vínculo con la demandada. Para el caso de no compartir el criterio expuesto, manifiesta, solicita que se revoque en forma parcial la sentencia y se ordene abonarle la indemnización establecida en el art. 993 del Código de Comercio según texto Ley 17.823, que trascribe. También se agravia por el rechazo de las diferencias salariales reclamadas por el rubro francos compensatorios, con el argumento que en los contratos de ajustes el actor embarcó como marinero. En primer lugar, indica que en el escrito de demanda denunció la categoría profesional desempeñada a bordo del b/p V. R. como auxiliar de máquinas, hecho reconocido por la propia demandada. En segundo

CECILIA INES CORNEO
SECRETARIA DE CAMARA

lugar, acompañó copia de la libreta de embarque del actor donde consta su categoría a bordo del citado buque. Por último, no es correcto el rechazo con la sola manifestación que el actor tuvo la categoría de marinero debido a que todos los tripulantes que no son oficiales son marineros. Pero los marineros cumplen distintas funciones o tienen distintas jerarquías dentro del barco. Así se encuentran los aprendices, de planta, de cubierta, etc.. Pero igualmente, continúa diciendo, en el caso particular suyo ambos cargos se encuentran en la misma categoría que la integran el auxiliar de máquinas, el ayudante de cocina y el marinero de cubierta siendo claro –dice- que no cumplía tareas en la planta tal como lo dispuso sin fundamento o prueba la juzgadora en su sentencia. Si se tiene cuenta el segundo informe contable donde se determinó que el valor franco compensatorio es de $ 54,38, en lugar de lo abonado por la empresa que fue fijado por la primera perito contadora que manifestó la inexistencia de deuda alguna por este rubro y determinó que el valor es de $ 37,12, es concluyente –estima- que existe una deuda a su favor atento que el monto tomado por la perito es el más bajo del cargo, excepto el de aprendiz. Incluso le corresponde las diferencias que reclama tomando la propia categoría que denunció la empresa “marinero pescador congelador” que se desempeña en cubierta de un buque remitiendo al informe contable y a los recibos de sueldos. Si estuvo embarcado entre las dos mareas la cantidad de ciento siete días, por lo que devengó 34 días de francos compensatorios, abonados a $ 37,12 hacen un total de $ 1.270,09 cuando en realidad le correspondía la suma de $ 1.848,92 siendo acreedor a la cifra de $ 578,83. Finalmente, expresa agravio relativo a la imposición de las costas en un 70% a su parte considerando que tal proporción aritmética adoptada por la Sra. Juez no es la más acertada atento que se reclamó con razón y justicia y que la no aceptación de su planteo no puede perjudicarlo aún más cuando hubo un comportamiento concluyente y exclusivo por la continuidad laboral. Es decir, con razón creyó que se encontraba en condiciones de reclamar indemnizaciones correspondientes por considerar que había superado en exceso el tiempo que dispone el art. 1° del C.C.T. 370/71, atento que la demandada siempre le pagó salarios desde el inicio de la relación laboral y le otorgó embarque una vez finalizada su licencia por enfermedad. En relación al otro rubro rechazado también su reclamo era atinado atento que su desempeño no fue de marinero de planta y la liquidación de sus francos compensatorios fueron abonados conforme a esa categoría. Efectúa cita

jurisprudencial a la cual remito, solicitando que se impongan las costas por el orden causado y en caso de hacer lugar a los agravios se adecue la imposición de costas al nuevo fallo.---------- II.- De la reseña de los agravios efectuada precedentemente pueden identificarse los siguientes puntos de ataque al fallo apelado, a saber: 1) rechazo de las pretensiones indemnizatorias por despido y el agravamiento previsto por el art. 2° de la ley 25.323; 2) indemnización eventual del art. 993 del Código de Comercio; 3) diferencias salariales por pago de francos compensatorios; y, 4) el modo de imposición de las costas.---------- Atento a la particularización de estos motivos de cuestionamientos que fueran dirigidos al fallo del anterior grado, considero útil seguir para su tratamiento la misma secuencia en la que estos fueran planteados, como asimismo, denominarlos de la manera predispuesta a efectos de facilitar la posterior ubicación y lectura del análisis que merezcan los mismos en mi voto.---------- 1) **Rechazo de las indemnizaciones por despido y el agravamiento del art. 2° de la ley 25.323:** Es pertinente rememorar que la juzgadora del anterior grado apoyó la desestimación de las pretensiones del epígrafe básicamente en su entendimiento de que la empresa demandada en autos produjo el distracto de la relación que la vinculaba con el actor con los dos despachos telegráficos por los cuales comunicaba la culminación del relevo. Uno, el de fecha 05/07/2004, que se identifica como 4AN01298196 (ver: fs. 12 de autos y fs. 13 del legajo personal del actor –fs. 33 bis-); y, el otro, de fecha 16/11/2004 identificado como 4AL09686737 (ver: fs. 10 de autos y fs. 10 del legajo personal del actor –fs. 33 bis-). Esto es, descarta la Sra. Juez a quo que corresponda computar el lapso habido entre el distracto y el alta médica del actor luego de comunicada la finalización del relevo. Rememórese que el actor en el primer período se desembarcó del buque “V. R.” encontrándose en navegación; y, el segundo desembarco lo hizo en el puerto de Comodoro Rivadavia (ver: informativa de Prefectura Naval Argentina obrante a fs. 166).---------- Tal posicionamiento tiene trascendencia por cuanto si se suman los días en los que el trabajador efectivamente estuvo embarcado cumpliendo tareas en dicho buque según los sendos contratos de ajuste que suscribiera y que se encuentran a la vista en su

CECILIA INES CORNEO
SECRETARIA DE CAMARA

legajo personal (fs. 1 y 2), no se alcanza a reunir los 150 días exigidos por el art. 1° del C.C.T. 370/71 para considerar “efectivo” al tripulante del buque en que se enrole y, por ende, con derecho a la indemnización prevista en tal convenio.----------

------- El agravio formulado respecto al tópico centra en postular la aplicación al supuesto de lo previsto por el art. 5° del C.C.T. 370/71 el que establece el cómputo, a los fines previstos por el citado art. 1ro., de los días de licencia por enfermedad contemplado por el C.C.T. 307/99 (ver: art. 52 del citado convenio). Empero es de hacer notar desde el mismo inicio de la presente revisión del decisorio que ello solo tendrá incidencia en la resolución del agravio si, antes, se discerniera que no hubo ruptura o finalización del vínculo laboral tal como lo estimara la juzgadora de la anterior instancia.----------

---------- Ciertamente que, en cuanto se alude a los principios de primacía de la realidad y de continuidad laboral, nada se aporta a la dilucidación de tal cuestión toda vez que, previo a ello, habrá de ponderarse para la procedencia de las pretensiones indemnizatorias sobre las cuales se trata el presente agravio de modo dirimente y que, repito, consiste en establecer la corrección del veredicto sentencial en cuanto fijó que con la comunicación de la finalización de los relevos de los que se trata instrumentada con los despachos telegráficos antes citados se produjo la ruptura de los sendos contratos de ajuste que uniera a las partes de autos.----------

Delimitado pues el núcleo del asunto objeto de la revisión de este cuerpo, tengo para mi que no se dirigió una concreta y razonada crítica que conteste y ponga en crisis los argumentos por los cuales la sentenciante de grado arriba a su decisión. Es que la juzgadora estimó que el vinculo habido entre las partes feneció sin que se puntualice por el recurrente en qué habría incurrido en una equivocación en tal consideración o en qué hubo de errar. Nótese al respecto que la juzgadora tomó posición en relación a la plena eficacia de la extinción del vínculo laboral no obstante que por la enfermedad por la cual fuera desembarcado en el primer viaje la patronal continuó efectivizando el pago de las remuneraciones hasta la culminación del plazo de enfermedad paga o el alta médica según sea el caso, en los términos contemplados por el art. 213 de la L.C.T..---------- La Sra. Juez a quo tomó en consideración para ello como comunicación eficaz para poner fin a cada uno de los contratos de ajuste suscriptos por los ahora litigantes considerándolo al Sr.

A. como personal de relevo al actor. Ello así, toda vez que expuso también sin merecer una verdadera crítica que *"...Más allá de los acuerdos que haya firmado C. con el Sindicato, (ver expediente agregado por cuerda) y que en principio no habría podido afectar al actor que no fue parte, lo cierto es que se encuentra fuera de discusión que la empresa demandada notificó un primer distracto el 05/07/04, cuando claramente comunicó al demandante –conforme se reconoce en la demanda- el fin del relevo. Y, en cuanto a los efectos legales que tuvo tal comunicación, comparto con la demandada, que el hecho que haya seguido pagando "salarios continuatorios" en los términos del art. 213 L.C.T. en virtud de la enfermedad que aquejaba al dependiente, no quita efectos legales a la voluntad de despedir oportunamente notificada..."*(sic)(ver considerando I, 2do. apartado de fs. 191).---------- Pongo de resalto también "ab initio" que la calidad de personal "de relevo" con el que se califica al actor y que se indica "supra" resulta como contraposición de la calidad de personal "efectivo" tal como puede interpretarse válidamente de la lectura del art. 7° del C.C.T. 307/99. Y ello, independientemente que los contratos de ajuste que puedan suscribir los trabajadores –tanto los de relevo como los efectivos- con la empresa empleadora, puedan ser bajo la modalidad "por viaje" o por tiempo (conf. art. 9° del citado convenio en concordancia con el art. 7° del C.C.T. 370/71).---------- Añado que la circunstancia que se lo hubiera llamado nuevamente a embarcarse a su enrole del 29/09/2004 en el mismo buque en nada empece a la manera en que se interpretara la cuestión por parte de la juzgadora del anterior grado puesto que es evidente por la propia naturaleza del contrato de ajuste bajo la modalidad "por viaje" que en tanto las sucesivas o alternadas celebraciones de contratos de ajustes, en la sumatoria de sus respectivos lapsos de vigencias no superare el plazo de 150 días, el trabajador continúa siendo de relevo; o, dicho de otro modo, no es efectivo.---------- Por lo demás, cabe predicar que el artículo 5° del C.C.T. 370/71 solo es de aplicación para cuando tal condición se concrete, tal como cabe interpretar de los términos literales del artículo 1ro. de dicha norma convencional, en cuanto edicta: *"Quedan comprendida en el presente régimen toda la gente de mar que haya*

CECILIA INES CORNEO
SECRETARIA DE CAMARA

*celebrado contrato de ajuste sucesivo o alternado con el mismo armador, durante un período no menor a ciento cincuenta (150) días dentro del año aniversario..."*(sic).----------

------- Desde otra perspectiva estimo pertinente poner en claro que, tengo para mi, que el embarco o "enrolamiento" es un acto por el cual el tripulante queda inscripto en el libro de rol del buque en que prestará servicios. Destaco al respecto que en tal hecho no hay cuestión alguna que evaluar en esta instancia toda vez que la fecha en que comenzó cada uno de los vínculos de "ajuste" no han merecido mayor controversia. A la par, el desembarco es el acto por el cual se da de baja de dicho libro. Esto es, son actos administrativos que se cumplen con intervención exclusiva de la autoridad marítima. Por lo cual es válido decir que no son otra cosa que formalidades tendientes a hacer viable la prestación efectiva de los servicios a bordo durante el curso del viaje, pero no reinician ni extinguen el vínculo de trabajo. Ahora bien, ello acontece cuando el trabajador marítimo involucrado haya adquirido la calidad de "efectivo" lo cual, repito, coincido con la juzgadora a quo que en la especie no sucedió.----------

---------- Por último, en cuanto se postula de aplicación el principio de continuidad con citas de normas del Régimen Legal del Contrato de Trabajo es de advertir que se soslaya lisa y llanamente que para la correlación y eventual aplicación al caso de dicho régimen debe estarse a la regla de la compatibilidad a la cual remite expresamente la propia Ley de contrato de trabajo en su art. 2° en cuanto explícitamente dispone *"La vigencia de esta ley quedará condicionada a que la aplicación de sus disposiciones resulte compatible con la naturaleza y modalidades de la actividad de que se trate y con el específico régimen jurídico a que se halle sujeta..."*(sic). Esto es lo que ha sido dado en llamar "juicio de compatiblidad".----------

---------- Y en el supuesto de autos tratándose de contratos de ajuste que cuenta con regulación específica (vide: art. 984 y conc. del Código de Comercio, según ley 17.371 y normas convencionales antes citadas) necesariamente en la especie debe realizarse tal juicio de compatibilidad. Esto es de tal manera principalmente desde que resulta indisputable que la actividad marítima es diametralmente distinta a la de los trabajadores terrestres no siendo viable que bajo el argumento de aplicar el principio de mayor beneficio al trabajador (por vía de aplicar lo que expresa el art. 9° de la L.C.T.) se soslaye la condición a la cual se halla supeditado, cual

es: “a que la aplicación de la ley resulte compatible con la naturaleza y modalidades de que se trate y con el específico régimen jurídico a que se halle sujeta”. Vale decir, compartimos la tesitura doctrinal que pregona que la aplicación del principio de la ley más favorable debe ser presidida por la “compatibilidad” en aquellas instituciones que se encuentren reguladas por un estatuto particular, siempre claro está, que exista una duda interpretativa (Vide: Romero Basaldua, Luis C., “Gente de Mar –contrato de ajuste-“, Ed. Lerner, ed. año 2005, Cap. 2, págs. 91 y sgtes., y en particular las páginas 127/134; id., ver dictamen del Procurador General del Trabajo, Dr. Bermúdez, en el fallo plenario N° 227 dictado en autos “M., E. c/ E. L. M. A. (ELMA)” del 25/06/1981, en J.A. T. III, págs. 184 y s.s.).---------- En suma, pues, por las razones esgrimidas concluiré proponiendo al acuerdo la desestimación del presente agravio. Así lo voto.---------- 2) **Indemnización del art. 993 del Código de Comercio:** Liminarmente destaco que esta pretensión impugnaticia no fue materia de planteo al trabarse la litis. Ello se constata de la lectura del escrito de demanda (ver: fs. 24/26 y vta.).------- Ante ello y lo dispuesto por el art. 271 del C.P.C.C., de aplicación al supuesto por vía del art. 76 de la ley 69, en tanto se encuentra vedado que el tribunal de alzada pueda ingresar siquiera a examinar cuestiones que no fueron sometidas a la decisión del juez de primera instancia, en aras de resguardar el debido respeto al principio de congruencia, en el que se halla interesado el debido proceso legal y la defensa en juicio, no queda más que proponer al acuerdo la desestimación del presente agravio planteado “ad eventum” por el actor en autos (Conf. arts. 34, inc. 4°; 163, inc.6°; 164 y 277 del C.P.C.C.)(Conf., Loutayf Ranea, Roberto, “El recurso ordinario de apelación en el proceso civil”, Ed. Astrea, ed. año 1989, T. 1, Cap. XI, págs. 165 y sgtes.; id., ver: Scolarici, Gabriela M., en “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, concordado con los códigos provinciales. Análisis doctrinal y jurisprudencial”, Ed. Hammurabi, Dirección de las Dras. Highton, Elena I.-Areán, Beatriz, T. 5, pág.343 y sgtes., & 2). Así lo voto.---------- 3) **Diferencias salariales por pago de francos compensatorios:** La Sra. Juez a quo para desestimar el reclamo por diferencias en el pago de los francos compensatorios expresó que *“...conforme se*

CECILIA INES CORNEO
SECRETARIA DE CAMARA

*desprende de los contratos de ajuste no desconocidos el actor embarcó como marinero...”*(sic)(fs. 192 “in fine”).---------- Tal aseveración sentencial se constata de la lectura de los contratos de ajuste obrantes a fs. 1 y 2 de la instrumental anexa y reservada a fs. 33 bis de autos que tengo a la vista, de la cual se extrae efectivamente que el Sr. A. concertó contratos de ajustes embarcándose en el buque “V. R.” en calidad de marinero pescador. Asimismo, tales contratos no fueron desconocidos en los términos y bajo los efectos previstos por el Art. 356, inc. 1ro. “in fine” del C.P.C.C. de aplicación por vía de los arts. 45 y 76 de la ley 69).---------- En tal contexto y de la sola contraposición de los argumentos expuestos por el recurrente al fundar el agravio bajo examen se advierte sin hesitación alguna que ninguna crítica ha concretado y menos aún razonado, sino que sólo se remite a exponer un punto de vista diametralmente distinto y paralelo empero obviando lisa y llanamente el motivo por el cual la juzgadora arribó al veredicto sobre el punto. Es en tales términos que el agravio quedó vacío de contenido que dé la materia indispensable para que este cuerpo ejerza su facultad revisora.---------- En consecuencia de lo dicho es que propondré al acuerdo que se tenga por desierto el presente agravio merced a que carece de suficiencia técnica que pudiera dar lugar a mayor tratamiento de parte de esta alzada; ello así, en los términos normados por los arts. 265 y 266 del C.P.C.C.. Así lo voto.---------- 4) **Modo de imposición de las costas:** Previo posicionarse en la tesitura doctrinal que determina la calidad de vencido a partir de la visión global de la controversia, puntualizó cuáles fueron las pretensiones deducidas, cuáles prosperaron y cuales se desestimaron, para concluir a partir de ello que correspondía atribuir las costas del proceso en un 30% a la parte demandada y el 70% restante al actor (ver: considerando IV –fs. 192 vta.).---------- El recurrente pide que se modifique tal distribución estableciéndose una imposición de las mismas por el orden causado. Se basa para ello en postular que reclamó con razón y justicia; es decir, que creyó razonablemente que superó en exceso el tiempo que dispone el citado art. 1° del C.C.T. 370/71.---------- Esto es, en puridad el planteo impugnaticio se resume en pedir la eximición parcial (en un 20%) de las costas que se le atribuyeran según la porción de vencimientos ponderada por la juzgadora, según prevé el art. 68, 2° párrafo del C.P.C.C..---------- La eximición a la que autoriza la norma aludida es

excepcional y de carácter restrictiva. Es decir, para apartarse de la regla general prescripta en el 1er. Párrafo del citado art. 68 del C.P.C.C., se requiere motivos serios. Y no lo son las referencias a las meras “creencias” de haber satisfecho algún recaudo legal o de ser acreedor a las diferencias salariales que se reclamaran en autos.---------- En este sentido se ha dicho con criterio que vengo de compartir que la sola creencia subjetiva de la razón para litigar no es por sí suficiente para eximir del pago de las costas al perdidoso, pues es indudable que –salvo hipótesis de actitudes maliciosas- todo aquel que somete una cuestión a los tribunales de justicia es porque cree tener la razón de su parte, mas ello no lo exime del pago de los gastos del contrario si el resultado le es favorable a éste en la porción que sea, según hubiera resultado vencedor total o parcialmente.---------- Por lo expuesto, pues propongo al acuerdo la desestimación del agravio. Así lo voto.----------

III.- Conclusión:----------

--- Por lo dicho propiciaré que se confirme el fallo apelado en todo lo que fuera materia de agravios, con costas de segunda instancia a cargo de la parte actora vencida en ella (Conf.: arts. 59 de la ley 69 y 279 del C.P.C.C.).----------

------- Los honorarios de los Dres. J. A. I., letrado apoderado del actor, y de C. B., letrada apoderada de “A. S.A.”, por sus labores de segunda instancia, apreciándolas por su extensión, calidad, eficacia y resultado, estimo adecuado fijarlos respectivamente en las sumas equivalentes al 25% y 30% del que le fueran regulados en el anterior grado a cada uno de dichos profesionales, con más el I.V.A. correspondiente (Conf. arts. 6, 7, 9, 14, 37, 39, 47 de la ley 2.200; leyes 23.349 y 23.871).----------

Termino el tratamiento de la presente cuestión pronunciándome en ella por la AFIRMATIVA.----------

------- **A LA PRIMERA CUESTIÓN** el Dr. De Cunto dijo:----------

---------- La claridad de la reseña que efectuara el Sr. Magistrado antes sufragante respecto de la sentencia de fs. 190/193, así como del memorial que vertiera la actora a fs. 200/202, me eximen de realizar nuevamente dicho relato, por lo que remito a la misma en homenaje a la brevedad.----------

---------- I.- Por razones de método y a fin de facilitar la lectura de este

CECILIA INES CORNEO
SECRETARIA DE CAMARA

pronunciamiento, seguiré el orden de exposición del Dr. Lucero.---------- ---------- 1) El primer agravio de la demandante se dirige contra la desestimación de las indemnizaciones por despido y la multa del art. 2 de la ley 25323. Al respecto la "a quo" razonó en el siguiente sentido: *"Más allá de los acuerdos que haya firmado C. con el Sindicato...y que en principio no habría podido afectar al actor que no fue parte, lo cierto es que se encuentra fuera de discusión que la empresa demandada notificó un primer distracto el 05/07/04, cuando claramente comunicó al demandante -conforme se reconoce en la demanda- el fin del relevo. Y, en cuanto a los efectos legales que tuvo tal comunicación, comparto con la demandada, que el hecho que haya seguido pagando "salarios continuatorios" en los términos del art. 213 L.C.T. en virtud de la enfermedad que aquejaba al dependiente, no quita efectos legales a la voluntad de despedir oportunamente notificada. En tal sentido se ha dicho "...La incapacidad temporaria del trabajador, debida a accidente o enfermedad inculpable, no impide al empleador extinguir por su exclusiva voluntad la relación laboral. El despido, en este caso, tiene plena eficacia extintiva, y la circunstancia de que se imponga al empleador el mantenimiento del pago de las remuneraciones hasta el vencimiento de los plazos pagos de enfermedad o hasta la fecha del alta médica, si ésta tuviera lugar con anterioridad a ese vencimiento, no tiene fundamento en la subsistencia del vínculo laboral, sino en el refuerzo de la tutela dispensada al trabajador por enfermedad...Lo expuesto tiene importancia porque desde ya que, el plazo transcurrido entre el distracto y el alta del trabajador, no puede interpretarse, como pretende la actora, dentro de las licencias previstas por el art. 5 del convenio 370/71, -ya que la ruptura había ya acaecido- por lo que para computar los plazos a efectos de considerar si Almendra adquirió o no efectividad, deberá tenerse en cuenta un primer período comprendido entre el 7 de mayo y 5 de julio ambas fechas del 2004. La próxima marea se inició el 29/10/04. El desembarco se produjo el 13/11/04 y aunque ninguna de las partes ha proporcionado fecha cierta, entre el 16/11 y el 18/11/04 le fue notificado nuevamente la ruptura contractual...Hasta aquí los plazos en que se extendió, en esta nueva etapa la relación laboral, por lo que claro resulta que corresponde el rechazo de la demanda en cuanto pretende las indemnizaciones derivadas de la ruptura del vínculo y multa prevista por el art. 2 de la ley 25323, ya que el tripulante no había alcanzado la condición de efectivo"* (ver

fs. 191, dos últimos párrafos/vta.).---------- He preferido extenderme en la transcripción de los párrafos del decisorio a fin de clarificar el confronte de los argumentos allí brindados con los agravios expuestos por la recurrente. Como se aprecia la juzgadora de grado consideró que se produjo un primer distracto el 05/07/04, por lo que interpretó que el lapso de tiempo transcurrido entre esa fecha y el alta del trabajador no cae bajo la previsión de las licencias previstas por el art. 5 del CCT 370/71, concluyendo en que el actor no reunió los 150 días exigidos por el art. 1 del referido convenio para considerarlo efectivo, y en consecuencia con derecho a indemnización. La quejosa se agravia de que no se hubiera aplicado el art. 5 de la CCT 370/71 y que se considerara la antigüedad de A. en forma segmentada, debiéndose haber tenido en cuenta, asimismo el art. 18 de la LCT. Explica que la empresa le dio continuidad laboral al actor, ya que lo citó nuevamente a embarque, abonándole ínterin los salarios por enfermedad y luego le comunicó un nuevo despido, en todo caso, considera que dicha práctica importa un fraude laboral.---------- El mentado art. 5 del CCT 370/71 establece que para el cómputo de los servicios prestados a los fines del punto 1º del convenio se tomarán en cuenta las licencias regladas por las respectivas convenciones colectivas de Trabajo y/o normas legales vigentes de aplicación para la gente de mar. La cuestión es que para considerar que el período de tiempo entre el 05/07/04 y el 29/09/04 importó el goce de licencia por enfermedad para A. y en su caso que debe ser incluido a los fines del cómputo del art. 1 del CCT 370/71, previamente debe analizarse si la comunicación del 05/07/04 importó un distracto como lo consideró la “a quo”. La sentenciante tuvo, particularmente, en mira la condición del actor como personal “de relevo”, condición que resulta diferenciada del personal “efectivo” como surge del art. 7 del CCT 307/99. Por otro lado, la circunstancia apuntada por el apelante de la nueva convocatoria a embarque que juzga como demostrativa de la continuidad laboral, no altera la conclusión expuesta por la magistrada de origen, ya que -como lo bien lo explicara el Dr. Lucero- se trata de un nuevo contrato de ajuste bajo la modalidad “por viaje”, al igual que el anterior de mayo/04 (ver fs. 01 y 02 del legajo del actor). Es decir que el nuevo contrato no importó sumar el lapso anterior a los fines del cómputo de los 150 días exigidos por el art. 1 del CCT

CECILIA INES CORNEO
SECRETARIA DE CAMARA

370/71 para de esa manera considerar personal “efectivo” a A. .---------- A fin de resumir la cuestión planteada por el memorial, en dicha presentación se requiere que el lapso transcurrido entre el 05/07/04 y el 29/09/04 debe ser considerado licencia, por lo que a la luz del art. 5 del CCT 370/71 dicho período debe computarse a los fines del art. 1 del mismo convenio. Sin embargo para llegar a esa conclusión se debe argumentar por qué razón la conclusión de la jueza de interpretar como distracto la comunicación de la demandada del 05/07/04 resulta equivocada, y como dijera el vocal prevotante, en la expresión de agravios no se ataca frontalmente el razonamiento de la sentenciante en ese sentido y su consideración de la naturaleza indemnizatoria de los denominados salarios continuatorios en los términos del art. 213 de la LCT.---------- El recurrente, para reforzar su postura, efectúa la invocación de los principios de primacía de la realidad y continuidad laboral, como del art. 18 de la LCT (ver fs. 200, pto. 4, 3er. y 4to. párrafos). Al respecto ha de recordarse que el principio del mayor beneficio al trabajador, ya por aplicación del art. 9 de la LCT o como principio general, queda sujeto a otros principios, los del derecho de la Navegación y del Derecho Marítimo en particular, por lo que la ley de contrato de trabajo condiciona el principio de mayor beneficio a que la aplicación de la misma resulte compatible con la naturaleza y modalidades de que se trate y con el específico régimen jurídico a que se halle sujeta. Es así que la aplicación del principio de la ley más favorable, debe ser presidida por la “compatibilidad” en determinada institución, que se encuentre regulada la solución en la ley general y en el estatuto particular y exista además una duda interpretativa (conf. Romero Basaldúa, Luis C.: “Gente de mar. Contrato de ajuste”, Lerner Editora S.R.L., 2005, págs. 130/131, CNATrab., en pleno, in re: “Molinari, Elbio A. c/ Elma S.A., del 25/06/81, en JA, 12/08/81).–---------- En definitiva, concidiré con el colega preopinante en la desestimación del agravio, a tenor de los motivos expuestos.---------- 2) En lo que respecta a la petición subsidiaria de que se abone la indemnización del art. 993 del Código de Comercio (t.o. según le 17823) (ver fs. 201, antepenúltimo párrafo), tal como lo expresara el magistrado que me precede en la votación, se trata de un planteo no introducido en la instancia de origen (ver demanda de fs. 24/26 vta.). Consecuentemente cabe aplicar lo dispuesto por los arts. 271 y 277, 1er. párrafo

del CPCC (conf. remisión del art. 76 de la ley 69). En ese orden de ideas, debe recordarse que el tribunal de alzada no podrá fallar sobre capítulos no propuestos a la decisión del juez de primera instancia, por lo que le está vedado a la Cámara tratar argumentos no propuestos en los escritos introductivos de la demanda, contestación o reconvención en su caso (conf. CSJN, 12/2/87, JA, 1988-I-246; SCBA, 5/5/77, DJBA, 113-41; CN. Civ., Sala A, 14/6/80, ED, 87-178; íd., Sala E, 20/11/81, LL, 1982-A-550; íd., Sala F, 1/12/81, LL, 1982-B-198; íd., Sala G, 5/11/81, LL, 1982-B-443; entre otros); precisamente, como destaca Chiovenda, porque a la demanda nueva propuesta en apelación le faltaría el primer grado de jurisdicción (conf. Fenochietto-Arazi: “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Comentado”, Ed. Astrea, 1993, Tº 1, pág. 958).---------- En consecuencia no procede siquiera ingresar al tratamiento de este agravio.------- 3) En cuanto al rechazo de las diferencias salariales reclamadas por el rubro francos compensatorios, la “a quo” basó el mismo en que se desprende de los contratos de ajuste -no desconocidos por el actor- que A. se embarcó como marinero (ver fs. 192, pto. III). La apelante esgrime que en la demanda denunció la categoría profesional de auxiliar de máquinas, lo que no fue negado por la accionada; que dicha categoría consta en la libreta de embarque; y que además los marineros tienen distintas jerarquías dentro del barco, por lo que es incorrecto fundar la desestimación del reclamo con la mera manifestación de que el actor tenía la categoría de marinero (ver fs. 201 “in fine”/vta., primeros párrafos).---------- Como se aprecia, el argumento brindado por la juzgadora radicó en la condición de marinero pescador en la que embarcó A. de acuerdo a los contratos de ajuste de fs. ½ de la documental reservada, contratos cuyo reconocimiento no fue controvertido. En consecuencia, más allá de la corrección o no del razonamiento de la sentenciante, este argumento no fue puesto en crisis en el memorial, ya que lo discurrido por la recurrente transcurre por alegar la categoría esgrimida en la demanda o en la existencia de diversas jerarquías dentro de la categoría de “marinero”, sin que se ataque la consideración de los contratos de ajuste que realizara la “a quo” o se explique por qué dicha consideración resulta incorrecta o inapropiada.---------- En suma, habré de compartir lo propuesto por el Dr. Lucero en cuanto a

CECILIA INES CORNEO
SECRETARIA DE CAMARA

que corresponde declarar desierto este agravio a la luz de lo establecido por los arts. 265 y 266 del CPCC.---------- 4) Finalmente la actora se agravia con relación a la imposición de las costas, las que fueron cargadas en un 70% a la quejosa. Funda su queja en que la sentenciante realizó una proporción aritmética que no resulta acertada, ya que se efectuó el reclamo con razón y justicia, habiéndose creído el actor con suficiente derecho para ejercer la pretensión que da contenido a la demanda. En tal sentido, en el caso de no acogerse los anteriores agravios, estima ajustado a derecho la imposición de las costas en el orden causado (ver fs. 201 vta., últimos párrafos/202).---------- Como se observa la disconformidad del recurrente se focaliza en un 20% en cuanto a la eximición de las costas, esgrimiendo para ello que demandó con la razonable creencia de que le asistía el derecho. Se ha considerado que la sola creencia del litigante no es de por sí suficiente para eximirlo de costas, ya que debe mediar una convicción razonable que provenga de circunstancias objetivas que demuestren la existencia de un justificativo (conf. CN. Civ., Sala D, 8/2/84 ED, 109-331; íd., Sala F, 21/12/84, LL, 1985-C-664, 36.875-S; íd., CN. Civ., Sala A, 6/12/89, LL, 1990-C-391; íd., Sala E, 17/10/86, LL, 1987-B-435).---------- En la especie no se demostró la existencia de dichas circunstancias objetivas que permitan extender la eximición parcial en el porcentaje requerido por el apelante, por lo cual tampoco en este aspecto habré de acoger el recurso analizado, rechazándose así el agravio examinado.---------- II.- Como consecuencia de todo lo expuesto, corresponderá confirmar la sentencia apelada en todo lo que fuera materia de agravios, imponiendo las costas de esta sede a la actora vencida (conf. arts. 59 de la ley 69 y 68 y 279 del CPCC).----- En cuanto a los honorarios por las tareas desarrolladas en esta sede, atento la extensión y mérito de las mismas, así como el resultado del recurso, estimo adecuado regular los del Dr. J. A. I., letrado apoderado del actor, en un 25% de lo regulado por la instancia de origen, y los de la Dra. C. B., letrada apoderada de la demandada, en un 30%, también sobre lo regulado en la primera instancia, en ambos casos con más el IVA pertinente (conf. arts. 6 y 14 de la ley 2200, y leyes 23349 y 23871).---------- A la luz de todo lo expuesto, a la primera cuestión voto POR LA AFIRMATIVA.---

--- **A LA SEGUNDA CUESTIÓN** el Dr. Lucero dijo:----------
------- El pronunciamiento que corresponde dictar es el siguiente, a saber: 1) CONFIRMAR el fallo apelado en todo lo que fue materia de agravios. 2) IMPONER las costas de segunda instancia a la parte actora vencida en ella. 3) REGULAR los honorarios de los Dres. J. A. I. y C. B., en las sumas respectivas, equivalentes al 25% y 30% de las que merecieran por su actuación en la anterior instancia, con más el I.V.A. pertinente.---------- ASI LO VOTO.---------- **A LA SEGUNDA CUESTIÓN** el Dr. De Cunto dijo:----------
- El pronunciamiento que corresponde dictar es el propuesto por el Dr. Lucero, fiel expresión del acuerdo alcanzado.----------
------- Así lo voto.----------
---------- Con lo que se dio por terminado el acuerdo, dejándose constancia que la presente se dicta por dos miembros del Tribunal por licencia del Sr. Juez de Cámara Dr. Raúl Adrián Vergara (art. 8 de la ley 1130, textos de la ley 4550), pasándose a dictar: ----------
--

---------- **S E N T E N C I A**: ----------
----

--- Y VISTO: Por los fundamentos del Acuerdo precedente, la Sala “B” de la Cámara de Apelaciones de la ciudad de Trelew; **RESUELVE**:----------
-----

--- 1) CONFIRMAR el fallo apelado en todo lo que fue materia de agravios.----
------- 2) IMPONER las costas de segunda instancia a la parte actora vencida en ella.----- 3) REGULAR los honorarios de los Dres. J. A. I. y C. B., en las sumas respectivas, equivalentes al 25% y 30% de las que merecieran por su actuación en la anterior instancia, con más el I.V.A. pertinente.----------
--- Regístrese, notifíquese y devuélvase.----------
-----

Fdo: ALDO LUIS DE CUNTO – SERGIO RUBEN LUCERO

--- REGISTRADA BAJO EL N° 61 DE 2008 – SDL.- Conste.-

CECILIA INES CORNEO
SECRETARIA DE CAMARA