000237/2008

--- En la ciudad de Trelew, a los días de abril del año dos mil nueve, 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. Raúl Adrián Vergara, para celebrar Acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **“S. C. M. c/ P. S.A. s/ Cobro de pesos - Laboral” (Expte. 237 - Año 2008 CANE)** venidos en apelación. Los Sres. Magistrados resolvieron plantear las siguientes cuestiones: PRIMERA: ¿Se ajusta a derecho la sentencia apelada? SEGUNDA: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar? y expedirse en orden al sorteo practicado a fs. 132.---------- **A LA PRIMERA CUESTION** el Dr. Vergara dijo:---------- 1. Llegan a conocimiento de este Tribunal las presentes actuaciones como consecuencia del recurso de apelación interpuesto por la demandada a fs. 122, que fuera concedido a fs. 123, contra la sentencia de la anterior instancia de fs. 115/118 que hizo lugar a la demanda instaurada por C. M. S. y condenó a P. S.A. al pago dentro del plazo de cinco días de la suma de $72.959.- con más sus intereses, en concepto de diferencias sobre el sueldo anual complementario, indemnización por antigüedad, adicional por rescisión, incremento contemplado por el art. 2 de la ley 25.323, e indemnización prevista por el art. 4 de la ley 25.972, con imposición de costas a la sociedad vencida.---------- El informe previsto por el art. 62 de la ley 69 luce a fs. 124 y vta., el traslado conferido a fs. 125 fue evacuado por su contraria a fs. 126/129 y señala la apelante que equivoca la a quo al considerar que prestó declaración un sólo testigo ya que además de E. también lo hizo J. F. F.. De los testimonios concordantes de ambos surge que la totalidad de los tripulantes de la sociedad conocían la manera de embarcar si llegaban luego del horario de cierre de la agencia marítima. Así se acreditó que el actor no hizo ningún esfuerzo por tratar de llegar a embarque, y no se presentó sabiendo que podía concurrir directamente al muelle, o comunicarse con la empresa cuando llegó su citación. Además, los tripulantes aprenden en los cursos obligatorios armados por la Prefectura que para embarcar deben estar enrolados y, figurando en el rol, simplemente presentándose en el muelle con la libreta de embarque pueden acceder a bordo. Es falso que no se demostró que el correo dejó avisos de entrega ya que cada intento de entrega implica dejar un aviso de entrega cuando son cartas certificadas o cartas documento. Si no fuera así, formula interrogante acerca de como es que el tripulante concurrió el 07/11/2006 por la tarde a retirar la citación a embarque. De lo expuesto se desprende que el accionar de la empresa se ajustó a derecho, siendo que el tripulante no cumplió con su obligación, actuando de mala fe y con desidia en su accionar. Peticiona se revoque la sentencia recurrida, con costas.---------- A su turno, la parte actora manifiesta que ambos testigos coinciden en la descripción de la forma en que la agencia marítima desarrolla sus actividades y ambos informaron las posibilidades que

posee un tripulante en caso de necesitar embarcar en horario nocturno. Sin embargo, ninguno de ellos manifestó que el actor tuviera conocimiento de las mismas. Invoca ahora la accionada un nuevo argumento cual es el conocimiento de los tripulantes en virtud de los cursos obligatorios de la Prefectura sobre el conocimiento de las reglas de embarque, pero no acreditó esta nueva afirmación. Es falsa su afirmación sobre los avisos de entrega. A fs. 33 del legajo personal de S. obra el resultado de la consulta de seguimiento de envíos de la pieza CD ********** y de la misma surge que los días 3 y 7 de noviembre de 2006 estaba en poder del cartero y un intento de entrega el 07/11/2006, finalmente entregada en la sucursal ese día a las 18.49 hs. Cita los supuestos previstos en los incisos 5 y 7 del art. 991 del Código de Comercio, y menciona que ya señaló en el escrito de inicio que no se precisó en la citación la hora de embarque y tampoco la hora probable de zarpada del buque. Al actor le fue imposible cumplir con el requerimiento de embarque ya que la agencia marítima cerró sus puertas el martes 07/11/2006 a las 18.30 hs. (informe de fs. 66), y ninguna relevancia tiene que su personal operativo esté disponible las 24 horas del día con disposición de teléfonos celulares de guardia ya que tal servicio está disponible para los clientes y embarcaciones de dicha agencia marítima. No se probó que el actor tuviera conocimiento de tales teléfonos, y desde que en la citación no se consignó el horario probable de zarpada ninguna obligación tenía S. de ponerse en contacto con su empleadora, destacando la sentenciante de primera instancia que no se acreditó que el actor pudiera estar al tanto pese a llamárselo a embarque un día y el buque zarpara al día siguiente, menos que dicho accionar sea común en la empresa. El despido devino apresurado teniendo en cuenta la antigüedad del mismo y sin antecedentes disciplinarios en su legajo. Solicita se confirme la resolución apelada, con intereses y costas.----------

--- 2. Al ingresar al estudio de los agravios vertidos cabe señalar que si bien la apelante alude al alcance de cada intento de entrega, lo cierto es que no demostró que el correo dejara aviso de entrega al hoy actor con anterioridad al día 7 de noviembre de 2006 como alegara a fs. 43 de su escrito de contestación de demanda.----------

--- Nótese que la notificación cursada para el embarque corresponde a la carta documento ********** que luce a fs. 5, y a ese respecto el informe de seguimiento de correspondencia obrante a fs. 33 del legajo reservado del trabajador que en este acto se tiene a la vista sólo consigna un “intento de entrega” para el día 7 de noviembre de 2006 pero ninguno con fecha anterior.----------

--- Con ello tengo por acreditado que recién el día 7 se le dejó aviso al dependiente sin poder determinarse la hora pues el mencionado informe sólo consigna las “18.49” con referencia a la entrega en la sucursal de la pieza postal, aspecto corroborado con el informe del Correo Argentino que obra a fs. 100.----------

--- A su vez, no es dato controvertido que por ser martes el día 7 a esa hora se encontraba cerrada la agencia marítima (alegación del actor de fs. 27 vta.; admisión de

la demandada de fs. 44), circunstancia corroborada de todos modos con el informe de fs. 66 (“ ... lunes a viernes de 8:30 hs. a 12:30 hs. y de 14:30 hs. a 18:30 hs. ...”).----------
--- En ese contexto corresponde determinar si a pesar de la hora en la que el trabajador tomó conocimiento de su citación (18:49) pudo adoptar alguna medida tendiente a posibilitar su presentación a bordo del buque P. Q.o.---------- Y una de las opciones indicadas por la sociedad fue la posibilidad del dependiente de comunicarse por teléfono celular con los empleados de la agencia marítima ocupados de enrolar a los tripulantes, aún cuando ya no se atendiera en sus oficinas por encontrarse fuera del horario comercial (fs. 44, segundo párrafo).----------
--- En tal sentido, no le asiste razón al actor cuando sostiene a fs. 128 y vta. que le fue imposible cumplir con el requerimiento de embarque ya que los teléfonos celulares de guardia es un servicio “disponible para los clientes y embarcaciones”.----------
--- Al respecto, omite considerar lo expuesto en la parte final del informe de fs. 66 ya que si bien se alude a que la agencia “ ... se encuentra disponible en forma permanente para la atención de sus clientes y embarcaciones, con un régimen de guardias las veinticuatro (24) horas del día”, a continuación precisó que el mismo consistía “con disposición de sistema de teléfonos celulares de guardia de conocimiento de los clientes y su personal, visibles en carteles de acceso al local” (el subrayado me pertenece).----------
--- Esto es, el servicio de guardia no estaba disponible con exclusividad para los clientes de la agencia sino también para su personal.----------
--- En lo que hace a que no se probó que tuviera conocimiento de los teléfonos celulares, si el actor contaba con una antigüedad de casi diez años en esa profesión como gente de mar no resulta razonable entender que desconocía ese sistema de guardia, máxime cuando a fs. 128 esa parte destacó que le fue imposible cumplir con el requerimiento de embarque precisamente por encontrarse cerrada la agencia marítima, con lo que tal manifestación permite concluir que en anteriores oportunidades para cumplir con tal exigencia concurrió a sus oficinas. Por eso, no resulta creíble que desconociera ese sistema ya que los teléfonos estaban “visibles en carteles de acceso al local” (fs. 66, prueba informativa).----------
--- Y desde que el accionante a fs. 126 vta. admitió expresamente que los testigos informaron las posibilidades que posee un tripulante en caso de necesitar embarcar en horario nocturno, lo que destaco con especial referencia al sistema de teléfonos celulares (respuesta a la 3ª pregunta , fs. 86 vta. y 88 vta., E. y F., respectivamente), y así aprecio conforme a las reglas de la sana crítica (arts. 386 y 456 del C.P.C.C., remisión del art. 45 de la ley 69), en atención a su antigüedad en el empleo inadmisible resulta que tales testimonios debieran concretamente referirse al conocimiento de una persona determinada, en el caso el actor, por tratarse de un sistema difundido ampliamente mediante carteles colocados en el lugar de acceso a las oficinas de la agencia como ya se señalara.---------- Con tales

alcances, evidente resulta que el actor con domicilio en la ciudad de Puerto Madryn (ver acápite I del escrito de inicio, fs. 25) tuvo la posibilidad ese mismo día de contactarse con personal de la agencia marítima que se encontraba de guardia mediante un simple llamado a teléfonos celulares perfectamente individualizados en el local para cumplimentar así con la requisitoria de embarque. Y desde que la dedicación adecuada a las características de su empleo supone una actitud de colaboración del trabajador, considero que la omisión incurrida importó una violación de los deberes de diligencia y colaboración impuestos por el art. 84 de la L.C.T. pues en ese sentido la seguridad de la expedición guarda íntima conexión con el número de tripulantes que deben constituir su dotación (Montiel, “Curso de Derecho de la Navegación”, Astrea, 1976, par. 85, pág. 192).---------- Corresponde ahora determinar si la medida de despido dispuesta por la patronal resultó razonable toda vez que la apertura de esta instancia por la apelación interpuesta permite ejercer la facultad de revisión con amplitud suficiente ante la plenitud de jurisdicción.---------- El tribunal de alzada tiene idéntico poder y amplitud de conocimiento que el juez de primera instancia. El tribunal *ad quem* debe ceñirse, si, a los puntos objetados, pero dentro de ellos tienen amplias facultades, iguales a las que sobre la materia tenía el *a quo*. Siempre dentro del marco de los puntos objetados, tiene amplias facultades de fundamentación: así, el juez de la apelación puede utilizar distintos fundamentos de derecho de los invocados por las partes y por el juez de primera instancia (Loutayf Ranea, Roberto G., “El recurso ordinario de apelación en el proceso civil”, Astrea, 1989, vol. 1, par. 27, págs 73/75) (el subrayado me pertenece).---------- El principio según el cual la jurisdicción del órgano “ad quem” se abre en función del alcance de la apelación, no obsta a que el mismo se pronuncie de conformidad con la regla “iura novit curia”, es decir, que ha de realizar la calificación jurídica que corresponda de las pretensiones deducidas en el juicio, pues la misión de la justicia es aplicar el derecho independientemente de los planteos de las partes. En un orden de ideas similares se ha recalcado que el órgano “ad quem” no está limitado en su razonamiento por la argumentación del recurrente. Si bien debe ceñirse a los puntos objetados, al abordarlos tiene amplias facultades, iguales a las que sobre la materia tenía el “a quo”. Incluso el juez de la apelación puede utilizar distintos fundamentos de derecho de los invocados por las partes y el juez de primera instancia (Morello, Sosa y Berizonce, “Códigos Procesales ...”, Librería Editora Platense – Abeledo-Perrot, 1988, T. III, págs. 420/ 421, y cita de fallos).---------- Es por lo demás, criterio de esta Cámara, en su composición de sala única, c. 12.380, S.D.L. N° 84/97; sala “B”, c. 14.815, S.D.L. N° 102/99, entre otros pronunciamientos.---------- Y en forma reiterada esta Cámara ha sostenido como principio general que la valoración de los hechos calificados como injuriosos, a los fines de la extinción del contrato de trabajo, queda sujeta a la

prudente apreciación de los jueces, conforme a la facultad otorgada por el último párrafo del art. 242 de la L.C.T. (Meilij, “Contrato de Trabajo”, Depalma, 1981, T. II, n° 1845, pág. 462; Etala, “Contrato de trabajo”, Astrea, 2000, par. 3, pág. 559).---------- La valoración de la importancia y de la aptitud de la injuria para disolver el vínculo debe ser hecha prudencialmente por los jueces, teniendo en cuenta las modalidades de la relación y las circunstancias personales que se dan en cada caso (conf. F. Madrid, “Tratado Práctico de Derecho del Trabajo”, La Ley, 2001, 2da. ed. act., T. II, par. 15.6.3., pág. 1724).---------- Es que, su filosofía entronca con el principio de conservación del contrato que la ley intenta preservar y por ello insiste la norma con otras sabías pautas: a) la *valoración* debe ser hecha *prudencialmente por los jueces*, quienes a ese efecto ponderarán, b) el *carácter de las relaciones*, y c) las *modalidades y circunstancias personales* de cada caso. Recién luego de este análisis, efectuado por el juzgador, se estimará si procede considerar justa la causa invocada (Sardegna, Miguel Ángel, “Ley de contrato de trabajo”, Editorial Universidad, 1999, pág. 750).---------- De tal modo, cabe considerar si se cumplió con el recaudo de proporcionalidad entre la falta y la sanción para así ponderar si se configuró la justa causa de despido.---------- Es que, si bien se requiere la concurrencia de los recaudos de causalidad, oportunidad y proporcionalidad, aunque se hayan verificado los dos primeros, si la falta cometida no fue de entidad suficiente para legitimar el distracto, el trabajador tienen el derecho al cobro de las indemnizaciones legales, teniendo en cuenta que, en todo caso, la empleadora puede adoptar otras medidas disciplinarias previas, pues la relación contractual exige que cada una de las partes haga lo necesario para que la misma se mantenga, de modo que la resolución es excepcional y sólo procede en casos de gravedad (conf. CNTrab., Sala 3ª, 31/03/1978, LT XXVI-553; Sala 10ª, 31/08/1998, “Popok, Hernán v. Bestov Foods S.A.”, citados por Julio Armando Grisolía, “Manual de Jurisprudencia de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social”, LexisNexis, 2005, fallos nos. 1753, pág. 310).---------- Desde esta perspectiva, el principio de proporcionalidad entre la falta y la sanción se traduce en que no cabe justificar el despido por una falta susceptible de ser proporcionadamente sancionada mediante una sanción menor. Y el despido se considera como último remedio (*ultima ratio*) al que no puede recurrirse sino en casos de verdadera necesidad. De lo contrario, el despido se juzga como arbitrario (Etala, ob. cit., par. 4 y 5, págs. 560/561). Y el principio de continuidad impone a ambas partes que hagan lo posible para que la relación laboral se mantenga, siendo la resolución contractual sólo una solución excepcional para casos de suma gravedad (conf. CNTrab., Sala VIII, noviembre 22-991, DT. 1992-B, 1670).---------- Y en este análisis no cabe considerar el antecedente disciplinario al que alude la sociedad en su escrito de contestación de demanda (fs. 43 vta., quinto párrafo) ya que no demostró que impusiera al trabajador la medida invocada

toda vez que el actor a fs. 48 (parte final del penúltimo párrafo) desconoció la recepción de la carta documento enviada por la empresa el 09 de septiembre de 2005 por la cual se le notificaba una sanción de suspensión (ver fs. 44 del legajo reservado), sin que la demandada produjera prueba a ese respecto (ver p. f., fs. 45 vta./46, y providencia de fs. 105 teniendo por desistida a la demandada de la producción de prueba, entre ellas, al Correo Oficial).----------

------ Por lo demás, en la comunicación rescisoria no fue invocada dicha sanción pues la empleadora consignó como único motivo la falta de presentación a embarcar pese a la exhortación cursada mediante carta documento del 02/11/2006 (ver fs. 7), lo que impide en principio ampliar en forma unilateral la causal de despido como intentara posteriormente la parte que dispuso extinguir la relación laboral.----------

--- Y una vez invocada la causa, no se la podrá modificar *ni ampliar* por declaración unilateral ni en el juicio posterior, por ninguna de las partes, salvo en relación a nuevos elementos que se descubrieran con posterioridad de la notificación, y que hubieren permanecidos en cubiertos por el dolo de la contraparte (Vázquez Vialard, Director, “Tratado de derecho del trabajo”, Astrea, 1984, T. 5, pág. 370/371) (la cursiva me pertenece).----------

--- Así, con referencia al art. 243 de la L.C.T., la ley impone una suerte de fijeza prejudicial al acto de invocación de justa causa de rescisión (Etala, ob. cit., pág. 568).---

--- En tales condiciones, debe ponderarse que el dependiente tenía una antigüedad de casi diez años -ingresó el 03/06/1997 y la extinción del vínculo se produjo con la comunicación rescisoria de fecha 07/11/2006, conforme alegación en demanda que no fuera controvertida por su contraria, y constancia de la certificación de servicios de fs. 15/16 y vta.- sin registrar sanciones disciplinarias.----------

--- Asimismo, debe tenerse en cuenta las omisiones en que incurriera la empleadora ya que la citación a embarcar cursada no indica la hora, y tampoco la fecha y hora de zarpada del buque (carta documento, fs. 5). En este último aspecto, debe señalarse que fue razonamiento del juzgador sin que mereciera crítica alguna por la apelante que ***tampoco ha resultado acreditado que el actor pudiera estar al tanto que pese a llamárselo a embarque un día el buque zarpara al día siguiente. Menos, que dicho accionar sea común en la empresa***.----------

--- Ello por cuanto el empleador se encuentra obligado a cumplir con el requisito de indicar no sólo la fecha sino también la hora de embarque y de zarpada del buque (art. 991, incisos 5º y 7º, del Código de Comercio).----------

--- A su vez, las justas causas de despido enumeradas por la citada normativa no importa que de configurarse alguna de las conductas allí contempladas se produzca la extinción de la relación laboral por justa causa de despido ya que su primer párrafo claramente establece su carácter potestativo (“El hombre de mar ... *puede* ser despedido con justa causa ...”), permitiendo así la necesaria valoración a realizar prudencialmente por el juez.----------

--- Por ello, desde que el despido constituye la máxima sanción prevista pondero que en el presente caso bien pudo la patronal recurrir a una sanción de menor gravedad, por caso suspensión, a fin de motivar al trabajador para que en lo sucesivo modificara su conducta, en miras a la tutela del principio de proporcionalidad.----------

--- Así, teniendo en cuenta las deficiencias que presenta la citación a embarcar, antigüedad del trabajador y falta de antecedentes disciplinarios, conforme a la facultad conferida por el segundo párrafo del art. 242 de la L.C.T. concluyo en que el despido directo dispuesto por la empleadora aparece desproporcionado respecto a la falta de presentación a bordo en que incurriera el trabajador, por lo que al no haber ajustado su conducta a los principios de subsistencia del vínculo laboral y buena fe (arts. 10 y 63 del citado ordenamiento) la medida extrema adoptada resultó injustificada por falta de proporcionalidad. Ello teniendo en consideración que la relación contractual requiere que cada una de las partes actúe de modo tal de mantener la misma por cuanto la resolución del vínculo es excepcional y procede solamente en casos de manifiesta gravedad.----------

--- Tales consideraciones hacen acreedor al trabajador de las indemnizaciones correspondientes ante el despido incausado lo que lleva a desestimar los agravios vertidos.----------

--- 3. En consecuencia, propicio al Acuerdo confirmar la sentencia venida en apelación en todo cuanto fuera materia de agravios, con costas de Alzada a la apelante vencida, conforme al criterio objetivo de la derrota (art. 68 del C.P.C.C.).----------

--- Asimismo, atendiendo a la extensión, mérito, eficacia y resultado que arrojan los trabajos profesionales cumplidos en esta instancia, estimo que resulta prudente regular los honorarios de los Dres. F. A. A. y M. N. A., en conjunto, en su carácter de letrados apoderado y patrocinante de la parte actora, y de la Dra. C. B., por la totalidad de las tareas de patrocinio y procuración efectuadas por la parte demandada, en las sumas porcentuales equivalentes al 6% y 4,25%, respectivamente, del monto del proceso que resulte de la liquidación a practicarse en la etapa de ejecución de sentencia (arts. 6, 14, y 47 de la ley 2.200), con más el I.V.A. correspondiente.----------

---------- Finalizo el tratamiento y a la primera cuestión voto POR LA AFIRMATIVA.---------- **A LA PRIMERA CUESTIÓN** el Dr. De Cunto manifestó:---------- La claridad de la reseña que efectuara el Sr. Magistrado antes sufragante respecto de la sentencia de fs. 115/118, así como de la expresión de agravios que vertiera la demandada recurrente a fs. 124/vta. y de la contestación de la actora a fs. 126/129, me eximen de realizar nuevamente dicho relato, por lo que remito a la misma en homenaje a la brevedad.----------

---------- I.- Dicho lo anterior me adentraré directamente en el tratamiento de los agravios de la accionada recurrente.----------

---------- 1) La quejosa comienza por referirse a la prueba testimonial, en base a la cual, según ella, se acreditó que la

totalidad de los tripulantes de la empresa conocían la manera de embarcar si llegaban luego del horario de cierre de la agencia marítima. A ello añade que resulta falso que no se haya demostrado que el correo dejara avisos de entrega al actor. Con respecto a esto último, cabe decir que la apelante no demostró que se dejara algún aviso a S. antes del 07/11/06. La carta documento notificando como fecha de embarque el 07/11/06 tiene fecha de recibida en el correo del 02/11/06 (ver fs. 05), lo cual coincide con lo informado en el seguimiento de correspondencia que obra a fs. 33 del legajo de pruebas del actor, ya que en el mismo se informa que el 02/11/06 a las 17.30 hs. la misiva ingresó al correo. Sin embargo con posterioridad la información ilustra que el 03/11/06 a las 9.55 hs. y el 07/11/06 a las 8.33 hs. la comunicación estaba en poder del cartero, sin constancia alguna de que se hubiera dejado algún aviso, y recién el 07/11/06 a las 18.49 hs. consta un intento de entrega simultáneo a la entrega en la sucursal. Resulta sugestivo que entre el 03/11/06 y el 07/11/06 antes de las 18.49 hs. no figurara ningún intento de entrega y que sólo se informe que la misiva estaba en poder del cartero, lo que revela que no se acreditó que el actor recibiera algún aviso en ese período de tiempo, lo que se corrobora con el informe de fs. 100/101.---------- En cuanto a que el actor conocía la manera de embarcar si llegaba luego del horario de cierre de la agencia marítima, no está controvertido que el 07/11/06 a las 18.49 hs. la misma se encontraba cerrada (ver demanda a fs. 27 vta. y contestación de demanda a fs. 44), lo que además se confirma con el informe de fs. 66. Ahora bien, la accionada alegó que a pesar del horario de cierre de la agencia marítima, los tripulantes tienen alternativas para presentarse a bordo del buque. Así hizo referencia a que los mismos poseen los teléfonos celulares de los empleados de la agencia (ver fs. 44, 2do. párrafo). Dicho servicio de celulares está disponible para los clientes y su personal, de acuerdo a los carteles visibles de acceso al local de la agencia (ver fs. 66), por lo que carece de razón la actora cuando, al contestar el memorial, aduce que dicho servicio sólo es disponible para los clientes y embarcaciones (ver fs. 128 “in fine”/vta., 1er. párrafo). Y dada la antigüedad de S. se presume que conocía que podía dirigirse a la agencia marítima y de esa manera tomar nota de los celulares que, según se informó, están visibles en el acceso del local, lo que se reafirma cuando el propio actor invoca que la agencia estaba cerrada, lo que es indicativo de que anteriormente había concurrido a la misma. Esta alternativa de comunicación con la agencia es ratificada con los testimonios de fs. 86 vta. y 88 vta. (respuestas terceras), por lo cual resulta acreditado que se trataba de un sistema que estaba al alcance del conocimiento de la tripulación en forma generalizada, lo que se refuerza en el caso del actor , dada su antigüedad de casi diez años.---------- 2) Sentado lo anterior de que el actor tuvo la oportunidad de contactarse con la agencia marítima a fin de tomar conocimiento de los detalles de la requisitoria del embarque, su falta de diligencia en adoptar las medidas pertinentes para ello, revela la infracción a los deberes de

diligencia y colaboración, tal como lo establece el art. 84 de la LCT. En tal sentido se ha sostenido que el trabajador tiene la obligación de poner su capacidad de trabajo a disposición del empleador y en consecuencia debe adoptar las respectivas medidas de diligencia tendientes al cumplimiento de dicho débito (conf. CNATr., Sala III, 15/7/77, LL, 1978-A-188). En el mismo orden de ideas se ha dicho que es causal de despido que el trabajador no se presente a bordo en la fecha y hora señaladas para comenzar sus servicios, dado que la seguridad de la expedición y las condiciones de navegabilidad del buque guarda íntima conexión con la tripulación completada, o sea, la dotación de seguridad y de explotación fijadas para ese buque. El tripulante perjudica los intereses del armador si no está completándola y listo para el servicio (conf Romero Basaldúa, Luis C.: “Gente de Mar. Contrato de ajuste”, Ed,. Lerner, 2005, pág. 305).---------- Ahora bien, y como lo considerara el vocal prevotante, procede indagar si el despido dispuesto por la accionada resultó proporcionado. Al respecto, ha de decirse en primer lugar, que la Alzada puede pronunciarse de conformidad con el aforismo *iura novit curia,* es decir, dando distintos fundamentos de derecho que los invocados por las partes y el propio juez de primera instancia, con la excepción de los puntos resueltos con carácter de firme en primera instancia (conf. CSJN, 12/5/89, LL, 1989-E-726, nº 670; cit. en Fenochietto-Arazi: “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Comentado”, Ed. Astrea, 1993, Tº 1, pág. 959). Puestos a examinar la corrección o no del despido dispuesto, cabe expresar que el concepto de injuria es una fórmula general que en su contenido cierto no difiere mayormente del incumplimiento del contrato a secas, que siempre cuando es grave, hace posible su extinción unilateral con cargo al incumplidor. Es que se trata de un estándar jurídico, es decir de un tipo legal muy abierto y flexible, dentro del cual las situaciones de hecho encajarán o no según la valoración que deberá ser hecha prudencialmente por los jueces (conf. art. 242 de la LCT) (conf. Ramírez Bosco, Luis E., en Rodríguez Mancini-Barilaro: “Ley de Contrato de Trabajo Comentada”, Ed. La Ley, 2007, Tº IV, pág. 291). Como requisitos generales la ley ha establecido que la causa de despido debe ser grave y que responda a las características de proporcionalidad, oportunidad o contemporaneidad y respeto a la regla “non bis in idem”.---------- Respecto a la gravedad se ha señalado que el cumplimiento contractual injurioso debe serlo objetivamente, lo que significa que la posición subjetiva de quien dispone la rescisión, por más que sea probada, no cuenta mayormente en la ponderación (conf. Ramírez Bosco, op. cit., ídem, pág. 293). La idea de proporcionalidad es próxima sino se superpone con la exigencia de que la injuria sea grave y tal que haga insostenible el vínculo contractual (conf. aut. cit., op. cit., ídem, pág. 294). La oportunidad implica que el lapso que medie entre la infracción al contrato y el despido sea breve, apenas el necesario para conocer la situación, valuarla y obrar en consecuencia, por tal razón se habla de contemporaneidad (conf. aut. cit., op. cit., ídem, pág. 295). Y en cuanto al requisito del

“non bis in idem”, el mismo importa que el ejercicio del poder disciplinario se agota por su uso respecto de cada caso determinado, lo cual no sólo significa que no se puede agregar luego otra sanción, sino que tampoco se la puede modificar para agravarla (conf. aut. cit., op. cit., ídem, pág. 299).---------- En la especie, el despido se instrumentó en la misiva de fs. 07, donde se invocó como justa causa la no presentación a embarcar pese a la exhortación cursada en tal sentido mediante la carta documento ********** del 02/11/06 (ver fs. 07). Dicha causal, por imperio de lo establecido por el art. 243 de la LCT no puede ser modificada. Es que la esencia de la exigencia de invariabilidad atañe a una cuestión de conocimiento ya que su propósito consiste en tratar de evitar que se sorprenda la buena fe de la contraparte. Así quien alegó una causa como justa debe ser explícito al respecto para permitir la mejor defensa de la contraparte que no debe hallarse en situación desventajosa, de allí que en la contestación de demanda promovida por el trabajador no se podrán invocar otros hechos distintos a los mencionados en la comunicación (conf. Sardegna: “Ley de Contrato de Trabajo Comentada”, Ed. Universidad, 1999, págs. 770/771). En consecuencia de lo expuesto, no cabe considerar que el actor incurrió en una anterior falta, como lo menciona la demandada (ver fs. 43 vta., 4to. a 6to. párrafos). Por lo demás, la actora desconoció la documental referida a los hechos mencionados a tal efecto por la contraria (ver fs. 48, anteúltimo párrafo “in fine”), sin que la recurrente produjera la prueba pertinente (conf. prueba ofrecida a fs. 45 vta./46, pto. f y providencia de fs. 105).----------
--- Aclarado el extremo antedicho, es de destacar que el actor era un empleado de casi diez años de antigüedad y que el art. 991 del C. de Comercio estipula como justas causas de despido, entre otras: *“...5º El no presentarse a bordo en la fecha y hora señalada para comenzar sus servicios...7º El no encontrarse a bordo a la hora señalada para la zarpada...”.* Del texto de la norma mentada se desprende que el empleador debe indicar no sólo la fecha sino también la hora de presentación y de zarpada, ya que nuevamente aquí, tales exigencias resultan ser consecuencia del principio de la buena fe contractual. A ello debe añadirse que el citado artículo 991 en su primer párrafo, dispone que *“El hombre de mar...puede ser despedido con justa causa por injuria que haya hecho a la seguridad, al honor o a los intereses del armador o su representante”,* y entre las causales que especialmente enuncia la norma, se cuentan las dos arriba mencionadas. Ello conduce a inferir que el trabajador *puede* ser despedido, lo que no excluye el análisis de la proporcionalidad del juzgador.----------
--- En tal orden de ideas, es de recordar que para erigirse en justa causa de despido el obrar contrario a derecho, que es injuria, este incumplimiento debe asumir cierta magnitud suficiente para desplazar del primer plano el principio de conservación del contrato que consagra el art. 10 de la LCT (conf. C. 2da. Civ. Com. Minas y Trabajo de Catamarca, 26/9/97, N.O.A., 1998-4-21; cit. en Sardegna, op. cit., pág. 751). A la luz del principio rector de conservación del contrato, y considerando la antigüedad del

trabajador, la inexistencia de anteriores sanciones y la propia infracción de la demandada al no mencionar la hora de presentación al buque en la comunicación de fs. 05, coincido con el Dr. Vergara, en que el despido dispuesto resultó una medida desproporcionada, dado que la accionada podía haber recurrido a una sanción menor sin necesidad de extinguir el vínculo.----------

--- En definitiva, y por las razones aquí expuestas, corresponde rechazar el recurso de la demandada, confirmando la sentencia en crisis.----------

--- II.- En virtud de todo lo razonado, habré de acordar en que corresponde propiciar la confirmación de la sentencia apelada en todo lo que fuera materia de agravios, con costas a la recurrente perdidosa, por aplicación del principio objetivo de la derrota (conf. art. 68 del CPCC).----------

--- En cuanto a la regulación de honorarios en esta sede, dado el resultado del pleito, extensión y entidad de los trabajos realizados en esta instancia de apelación, deviene razonable fijar los mismos a los Dres. F. A. A. y M. N. A., letrados apoderado y patrocinante de la actora, en conjunto, en un 6%, y los de la Dra. C. B., letrada apoderada de la accionada, en un 4,25%, en ambos casos del monto de condena, a liquidarse en la etapa de ejecución de sentencia, con más el IVA respectivo (conf. arts. 6, 14 y 47 del arancel y leyes 23349 y 23871).---------- A la luz de todo lo expuesto, a la primera cuestión voto POR LA AFIRMATIVA.---------- **A LA SEGUNDA CUESTION** el Dr. Vergara dijo:---------- Visto el acuerdo antes alcanzado, corresponde: a) confirmar la sentencia venida en apelación en todo cuanto fuera materia de agravios; b) imponer las costas de segunda instancia a la apelante vencida; c) regular los honorarios de los Dres. F. A. A. y M. N. A., en forma conjunta, y de la Dra. C. B., por sus tareas de Alzada, en las sumas porcentuales equivalentes al 6% y 4,25%, respectivamente, del monto del proceso que resulte de la liquidación a practicarse en la etapa de ejecución de sentencia; y d) declarar que los referidos honorarios deberán incrementarse con el I.V.A. pertinente.----------

---------- Así lo voto.----------

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

---------- En atención al acuerdo arribado, el pronunciamiento que corresponde dictar es el propuesto por el Dr. Vergara, fiel expresión del mismo.----------

---------- 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 ausencia del Dr. Sergio Rubén Lucero al efectuarse el sorteo para el estudio de la causa art. 8 Ley 1130, To. 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**:----------

--- CONFIRMAR la sentencia venida en apelación en todo cuanto fuera materia de agravios.----------

--- IMPONER las costas de segunda instancia a la apelante vencida.----------

--- REGULAR los honorarios de los Dres. F. A. A. y M. N. A., en forma conjunta, y de la Dra. C. B., por sus tareas de Alzada, en las sumas porcentuales equivalentes al 6% y 4,25%, respectivamente, del monto del proceso que resulte de la liquidación a practicarse en la etapa de ejecución de sentencia.----------

---------- DECLARAR que los referidos honorarios deberán incrementarse con el I.V.A. pertinente.----------

---

--- Regístrese, notifíquese y devuélvase.----------

--- REGISTRADA BAJO EL N°_____DEL AÑO 2009 – SDL – CONSTE.----------

CECILIA INES CORNEO
SECRETARIA DE CAMARA