--- En la ciudad de Trelew, a los 14 días de Noviembre del año dos mil ocho, se reúne la Sala “A” de la Cámara de Apelaciones, con la Presidencia del Dr. Carlos A. Velázquez y presencia de los Sres. Jueces del Cuerpo Dres. Carlos Dante Ferrari y Marcelo López Mesa, para celebrar acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **“O., J. A. c/ P. S. I. S.A. s/ cobro de pesos (9143)”** (Expte. n° 22925 – año 2008) venidos en apelación. Los Sres. Magistrados resolvieron plantear las siguientes cuestiones: PRIMERA: ¿Se ajusta a derecho la sentencia apelada?, y SEGUNDA: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar? y expedirse en orden al sorteo practicado a fs.189.----------

---

--- **A LA PRIMERA CUESTION** el Dr. Velázquez expresó: ---------- I.- El fallo de primera instancia condenó a la demandada a indemnizar al actor por el despido que ella produjera, en razón de concluir que la empleadora no acreditó las injurias invocadas como causales justificantes de la ruptura del contrato. Para la liquidación de la indemnización por antigüedad la Señora Jueza “a quo” atendió a la remuneración percibida por el trabajador en mayo de 2004, por considerar que los $ 7.967 cobrados fueron la mejor retribución mensual y sin que correspondiera “mensualizar” su importe del modo indicado por la perito contadora en su dictamen. No aplicó la juzgadora de origen el tope previsto en el art. 245 L.C.T. por no haber elaborado el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social el promedio de remuneraciones correspondiente al C.C.T. 356/03.---------- II.- Tal decisión fue apelada por la demandada, quien al fundar su recurso expresó, en síntesis, los siguientes agravios: ---------- A) Las declaraciones de los testigos C.y M. han demostrado acabadamente el estado de ebriedad en que se hallaba el actor al momento en que debía iniciar su guardia a bordo del buque que tripulaba, circunstancia ratificada por la exposición que el Primer Oficial U. hiciera al día siguiente ante la Prefectura Naval Argentina.---------- ---------- B) Dicho estado no fue la única causal del despido, sino que a él se añadieron de modo determinante los insultos y tentativa de riña con el oficial al mando que el trabajador protagonizara en la madrugada del día siguiente.---------- C) La remuneración base del cálculo de la indemnización no es la indicada por la sentenciante de la

PAULO EDUARDO KÖNIG
SECRETARIO DE CAMARA

anterior instancia. La suma mencionada fue abonada por una navegación de cincuenta y cinco días, de modo que el atender a ella violó la regla de la periodicidad mensual impuesta en el art. 245 L.C.T. Lo dirimente no es lo percibido en un mes, sino lo devengado en él.---------- D) La “a quo” liquidó la indemnización por antigüedad sin tener en cuenta tope alguno, fundándose para ello en que el Ministerio de Trabajo de la Nación no elaboró ni publicó los promedios correspondientes al C.C.T. 365/03. Al así decidirlo no advirtió que esa convención no era aplicable al caso, toda vez que no la suscribió la X. a la que pertenece la empresa empleadora. Además, la falta de publicación de los promedios por el Estado no debe perjudicar al trabajador, mas tampoco debe beneficiarlo, proponiendo la recurrente la aplicación del criterio sustentado por la Corte Suprema Nacional en el caso “Vizzoti c/ A.M.S.A.”, fijando un monto máximo indemnizatorio.---------- Las reseñadas impugnaciones fueron replicadas por el actor a fs. 174/vta.---------- III.- No asiste razón a la apelante en el primero de sus agravios. Las declaraciones de los testigos C. O. C.y M. J. M. habrán dado cuenta del estado de ebriedad del actor (fs. 113 vta. y 116/vta., resps. a la preg.4ta.), pero ha sido la propia empleadora demandada quien reconoció que no fue esa la causa determinante del despido directo. Lo hizo en términos inequívocos al expresar agravios: “no existe lógica alguna en pretender despedir a un trabajador únicamente por encontrarse en estado ebriedad, si, tal como quedó demostrado en autos, al percibir tal situación se lo trató de proteger llevándolo hasta su casa, circunstancia que lleva a concluir que las causales expresadas por nuestra mandante para proceder al despido del actor, efectivamente existieron” (fs. 169 vta., párr. 2°), refiriéndose a los hechos posteriores de los insultos y el intento de agresión. Manifestó la recurrente que las versiones de los deponentes que aludieron a esos hechos, aunque provenientes de testigos de oídas, “fueron avaladas por el desarrollo de los hechos que se fueron desencadenando y que terminaron en el despido del actor” (fs. 169 vta., párr. 1° “in fine”).---------- Al margen la ebriedad -que la misma demandada, vengo de señalarlo, reconociera no daba base lógica al despido-, los restantes hechos de insultos e intento de riña con los superiores no fueron acreditados mediante prueba

convincente alguna.---------- Al exponer acerca de esos pretendidos sucesos el deponente C. O. C.expresó que se los “comentaron”, para concluir manifestando “no se si discutieron, todo eso lo se por comentarios que se hicieron después en el barco” (fs. 113 vta., resp. a la preg. 4ta.), mientras que M. J. M. dijo que eran “comentarios que escuché al otro día” (fs. 116 vta., resp. a la preg. 4ta.). En suma, han sido estos declarantes *testigos de oídas o de referencia*, cuyas aseveraciones carecen de fuerza de convicción en tanto a su conocimiento de los datos fácticos que refirieran habrían accedido mediante dichos de otros y no porque esos aconteceres hayan caído bajo la directa percepción de sus sentidos (arts. 386, 456 C.P.C.C.; esta alzada, c. 21.597 S.D.L. 43/06, c. 22.282 S.D.L. 62/07, c. 22.472 S.D.L. 83/07, c. 22.688 S.D.L. 29/08, entre muchas).---------- Cierto es que este tribunal en varios ocasiones declaró que si bien la regla general de apreciación es la de apartar del cuadro probatorio las manifestaciones de los testigos *de oídas*, hacen excepción a ella los casos en que los dichos de éstos resultan corroborados por otros elementos de convicción (c. 16.805 S.D.L. 14/01, c. 17.000 S.D.L. 17/01, c. 18.840 S.D.L. 34/03, c. 18.979 S.D.L. 44/03). Pero, precisamente, corresponde destacar el exacto sentido de tal manifestación del tribunal: la corroboración de los dichos de los testigos de referencia debe provenir de otras probanzas coincidentes con ellos dotadas de fuerza convictiva y no del supuesto “desarrollo de los hechos que se fueron desencadenando” y cuyo real acaecer no fuera acreditara.---------- Y tales probanzas corroborantes no fueron aportadas a este proceso. Así el Piloto de Pesca F. D. U., pretendida víctima de los hechos que se intentaban probar, expresó en su declaración testimonial que el actor no lo agredió y que hasta lo saludó desde el muelle (fs. 147, resps. a las repreg. 2da. y 3era.). Esta deposición no constituye entonces ningún aval para los dichos de los testigos de oídas, sino una ilevantable probanza en contrario.---------- Encarece hoy la recurrente el valor probatorio de la exposición por desembarco de oficio hecha por el nombrado U. ante la Prefectura Naval Argentina. Con ello la demandada parece olvidar que: a) que en ella el expositor no hizo la menor referencia a insultos o intentos de riña por

PAULO EDUARDO KÖNIG
SECRETARIO DE CAMARA

parte del actor (fs. 37/vta.); b) que si bien tal documento es un instrumento público, la plena fe que él hace sólo alcanza a la existencia material del hecho cumplido por el funcionario fedante o pasado en su presencia (art. 993 Cód. Civ.), de modo que en el caso ella sólo abarca que el Oficial F. D. U. hizo en efecto las afirmaciones consignadas, pero no incluye la veracidad de dichos asertos (este cuerpo, c. 18.122 S.D.C. 35/02, c. 20.619 S.D.C. 60/05, c. 21.384 S.D.L. 36/06), como la propia autoridad hizo constar en los tres últimos reglones de fs. 37; c) que en la misma acta el expositor manifestó que la decisión de desembarcar al tripulante la adoptó la empresa y no él personalmente, circunstancia que ratificó al declarar en sede judicial que la exposición ante la autoridad marítima la hizo bajo la responsabilidad de la empresa armadora (fs. 146 vta., resp. a la repreg. 1era.).---------- Por estos motivos concluyo que la causal invocada para denunciar el contrato no fue probada por la empleadora, cual estaba a su cargo (art. 377 C.P.C.C.), y, por ende, el despido ha de tenerse por injustificado cual resolviera la sentenciante del previo grado en decisión que merece confirmación.---------- IV.- Pasemos ahora a la cuestión relativa a la base de cálculo de la indemnización por antigüedad, que diera ocasión a diversas críticas de la apelante.---- A propósito de la mejor remuneración mensual, normal y habitual a que debe atenderse a dicho fin, concuerdo con la recurrente en su impugnación al fallo. El dictamen pericial contable ha sido bien claro en que la mejor remuneración fue la correspondiente al mes de mayo de 2004, mas correctamente apuntó la experta que la suma percibida había de “mensualizarse”, visto que ella fue la contraprestación de la labor desarrollada por el trabajador a lo largo de cincuenta y cinco días de navegación, esto es durante un período superior al mensual previsto por el art. 245 párr. 1° L.C.T. Corresponde poner de resalto que el despido de autos aconteció en diciembre de 2004, es decir cuando ya se hallaba en vigencia la ley 25.877, que al sustituir con su art. 5 el texto de la norma antes indicada dispuso que la base de cálculo de la indemnización por antigüedad debe ser la mejor remuneración *mensual*, normal y habitual *devengada* durante el último año de prestación de servicios. Por tanto no cabe atender a lo percibido por el trabajador en un mes determinado, suma que

puede comprender salarios de períodos anteriores, sino a lo efectivamente devengado por él durante la mensualidad considerada. Si lo cobrado fue por las tareas cumplidas en el lapso de cincuenta y cinco días -que obviamente excedieron los treinta días del mes-, lo correcto es “mensualizar” el importe cobrado cual hiciera la perito mediante la aplicación de la regla de tres simple. El monto base del cálculo ha de ser así el $ 4.480,58 indicado por la experta.---------- Tocante al convenio colectivo aplicable, señalaré que invocado por el actor en su demanda el n° 356/03 (fs. 14 “in fine”), la demandada no lo objetó en su responde, para plantear la cuestión de la inaplicabilidad del mismo sólo al expresar agravios, con lo cual a la alzada no le es dado resolver acerca de ese capítulo no propuesto en su día al órgano jurisdiccional de primera instancia (art. 277 C.P.C.C.).---------- Por otro lado, haré notar que en el informe de agravios la demandada cuestionó la aplicabilidad de la indicada convención, pero sin especificar cuál otra sería la que regiría en la especie, lo que por sí solo descarta su objeción. Es que las convenciones colectivas de trabajo no son leyes aplicables de oficio, sino instrumentos normativos emanados de la autonomía privada colectiva que deben ser expresamente invocados e individualizados ante el juez de grado por quienes intentan valerse de sus disposiciones (art. 8 últ. parte L.C.T.; confr. C.N. Trab., sala VI, S.D. 36.843, cit. en “Manuales de Jurisprudencia La Ley - Ley de Contrato de Trabajo”, 2da. ed., pág. 14, sum. n°2). Forzado es concluir entonces que esta especie se subsume en la C.C.T. 356/03.---------- Atinente a la aplicación en el cálculo de la indemnización del tope máximo previsto en el art. 245 L.C.T., es decir tres veces el importe mensual de la suma promedio de todas las remuneraciones de la convención colectiva vigente para la actividad al día de la extinción del vínculo, tropezó la juzgadora de origen con el insalvable obstáculo creado por la inexistencia de ese cálculo del promedio salarial, que, al menos extrañamente, el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social no ha elaborado ni menos publicado para el C.C.T. 356/03.---------- Ya en varias causas ocurrentes decidimos que en tal supuesto no corresponde aplicar tope alguno frente a la inexistencia de él (c. 18.898 S.D.L. 10/04, c. 21.384 S.D.L.36/06). Esa ausencia de promedios publicados no es suplible con

PAULO EDUARDO KÖNIG
SECRETARIO DE CAMARA

el criterio que nuestra Corte Federal adoptara in re “Vizzoti c/ A.M.S.A.”. Al pronunciarse el Alto Cuerpo en dicha causa expresó que “corresponderá aplicar la limitación prevista en los párrafos segundo y tercero del citado art. 245 de la Ley de Contrato de Trabajo, sólo hasta el 33 % de la mejor remuneración mensual, normal y habitual computable” (D.T. 2004-B-1217, cons. 12), es decir que nuestro Máximo Órgano Judicial tuvo en cuenta los supuestos en que la indemnización por antigüedad resulta pulverizada a consecuencia de la existencia de un tope que acota la base de cálculo establecida por el primer párrafo del precepto, mas de ello no se sigue que la cortapisa predicha sea asimismo aplicable cuando no existe límite alguno, pues en ese caso el derecho reconocido al trabajador por el art. 14 bis Const. Nac. queda a salvo.---------- ---------- En consecuencia, puesto que la mejor remuneración mensual a atender es la de $ 4.480,58 y ante los siete períodos anuales computables, la indemnización debe fijarse en $31.364,06.---- ---------- Ello influye igualmente en el incremento indemnizatorio reglado en los arts. 16 de la ley 25.561, con la modificación del art. 4 de la ley 25.972. Frente el nuevo importe de la indemnización por antigüedad, el agravamiento del 80 % alcanzará a $ 25.091,25.----------
----- Lo propio acontece con el agravamiento resarcitorio del art. 2 de la ley 25.323, que debe equivaler al 50 % de las indemnizaciones de los arts. 232 y 245 L.C.T. El monto de la primera de las indicadas ha quedado firme por falta de todo agravio al respecto, mientras que el de la segunda quedará modificado de la manera antes mencionada. Rehecho el cálculo, el importe de este agravamiento debe fijarse en $ 18.291,83.----------
----

--- V.- Por las razones brindadas, propondré la parcial revocación de la sentencia atacada, a fin de reducir el importe del capital de la condena a la suma de $ 79.966,74, confirmándola en todo lo demás que fuera materia de agravio.---------- Visto que el principal agravio de la demandada es desestimado y prospera el de menor cuantía, queda en esta segunda instancia delineado un vencimiento parcial y mutuo que autoriza a distribuir las costas de ella imponiéndolas a la demandada en un 65 % y al actor en un 35 % (art. 71

C.P.C.C.).---------- Los honorarios por las tareas de alzada, ante la extensión, calidad y resultado de ellas, creo justo regularlos en beneficio de los Dres. J. A. I., R. A. S. y R. J. M. C. en las sumas respectivas equivalentes al 4,80 %, al 2,35 % y al 2,35 % del monto del proceso que surja de la liquidación a practicarse en la etapa de ejecución (arts. 6, 7, 9, 10, 14, 19, 47 del dec.- ley 2.200).---------- Concluyo entonces el tratamiento de esta cuestión expidiéndome en ella PARCIALMENTE POR LA NEGATIVA.---------- **A ESTA MISMA CUESTIÓN,** dijo el Dr. Ferrari: ---------- I. En la introducción de su voto, el Dr. Velázquez ha sintetizado los antecedentes del caso y los motivos de agravio expuestos por la demandada apelante, de manera que no tiene objeto abundar en consideraciones acerca de dichos aspectos, ya que se han satisfecho las exigencias rituales (arts. 163, inc. 3°; 164, C.P.C.C.; art. 76, Ley N° 69). Por tal motivo, en los apartados siguientes abordaré directamente las cuestiones traídas a decisión en esta Alzada, siguiendo el mismo orden expositivo observado por el colega de primer voto.---------- II. **La causal de despido:** ---------- Como el estimado colega de sala, opino que los testimonios invocados por la recurrente no hacen variar la correcta conclusión a la que arribara la sentenciante *a quo* sobre el tópico. Si bien ambos declarantes atestiguan que el actor se encontraba en estado de embriaguez al momento de ser desembarcado del buque, no ha sido acreditada en cambio la causal invocada en la comunicación de ruptura referida a que O. habría proferido insultos e intentado pelearse con el primer oficial de cubierta a cargo del buque (conf. carta doc. de fs. 6). Las referencias a los comentarios sobre esa hipotética agresión aludidos por dichos testigos no podrían servir de base para probar este hecho controvertido, ya que se trataría de meras referencias *ex audio* y no percibidas por sus propios sentidos (conf. arts. 456, 386,C.P.C.C.; su doctrina).---------- Por si ello fuera poco, es decisiva la declaración efectuada en la causa por F. D. U., quien no recuerda haber sido agredido por el demandante. Es decir que, si quien fuera a la sazón el coprotagonista de los hechos y eventual afectado no recuerda haber recibido agresión alguna, no cabe sino juzgar que la alegada

PAULO EDUARDO KÖNIG
SECRETARIO DE CAMARA

infracción –en abstracto, de indudable gravedad– no ha sido comprobada en la especie.----------

- En consecuencia, dado que la única falta reprochable al trabajador sería su estado de ebriedad, y teniendo en cuenta que la propia demandada manifestó que el estado de embriaguez no puede ser considerado en sí mismo como causal de ruptura del contrato (conf. contestación, fs. 50) poniendo énfasis en un supuesto acto de violencia como motivo de injuria grave, la ausencia de prueba respecto de este último hecho denota la falta de proporcionalidad entre la conducta del actor y el despido dispuesto, según las pautas de valoración del art. 242 L.C.T.---------- En consecuencia, considero ajustado a derecho el fallo en cuanto se pronunció por la falta de justificación del distracto dispuesto por la empleadora, de manera que votaré por la confirmación del mismo en este aspecto.---------- III. **La indemnización por antigüedad:** ---------- En identidad conclusiva con el magistrado preopinante, considero que el criterio aplicado en la sentencia ha sido incorrecto, atendiendo a las circunstancias del caso y a las probanzas disponibles en la causa.---------- En efecto, en tanto el art. 245 L.C.T. alude a este propósito tomar “la mejor remuneración mensual, normal y habitual devengada durante el último año de prestación de servicios”, no puede computarse como tal la suma registrada por la marea de 55 días, sino que debe prorratearse la misma en un período de treinta días para así cumplir de modo cabal con la letra de la norma. En consecuencia, debe efectuarse el cálculo del modo señalado por mi colega conforme a la determinación de la perito contadora actuante en autos, arribando a una suma de $ 4.480,58 que es la que corresponde tomar como base de cálculo para la correcta liquidación de este rubro.----------

---------- IV. **Convención colectiva aplicable – tope indemnizatorio:** ---------- Como bien lo ha señalado el colega de primer voto, frente a la invocación actoral del C.C.T. 356/03, al contestar la demanda la patronal no opuso como defensa aplicabilidad de otro convenio colectivo distinto respecto de la relación de empleo entre las partes, tal como en todo caso le correspondía individualizar conforme a lo previsto en el art. 8 *in fine* de la L.C.T. De tal manera, la tardía introducción del tópico al expresar

agravios se topa con la valla impuesta por el art. 277 C.P.C.C. (art. 76, Ley N° 69) que veda a este tribunal el tratamiento de capítulos no propuestos ni sometidos a contradicción, prueba y juzgamiento en la anterior instancia.---------- En cuanto a la aplicación de un tope a la indemnización por antigüedad, según puede verificarse, el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de la Nación no lo ha fijado para la actividad regida por el C.C.T. 356/03. En consecuencia, siguiendo el criterio ya adoptado por esta sala en reiterados precedentes análogos, no procede aplicar en consecuencia ninguna limitación al monto indemnizatorio calculado según las pautas del art. 245 L.C.T., pues ante la inexistencia de norma que así lo determine, se afectaría indebidamente el derecho de propiedad del trabajador (arts. 14 bis y 17, C.N.; su doctrina).---------- V. **Conclusiones:** ---------- A mérito de las consideraciones vertidas que se añaden a los fundamentos del Dr. Velázquez, opino que la demanda debe prosperar por los siguientes conceptos: 1) indemnización por antigüedad, $ 31.364,06; 2) adicional por resc. vinc., $ 5.219,60; 3) art. 2, ley 25.323, $ 18.291,83; 4) incremento art. 4, ley 25.972, $ 25.091,25. El monto de condena ascenderá pues, en definitiva, a la suma de $ 79.966,74 con más los intereses ya determinados en la sentencia apelada.---------- Concuerdo asimismo con al distribución de las costas de alzada propuestas por el magistrado preopinante, fijándolas en un 35% al actor y en el 65% por cuenta de la demanda, a tenor de los vencimientos parciales y mutuos que se registran en esta sede (art. 71, C.P.C.C.). Comparto también las retribuciones que se propician –dándolas aquí por reproducidas, *brevitatis causae*– para compensar las tareas profesionales cumplidas en esta instancia, atendiendo a la extensión, calidad, eficacia de las respectivas labores y resultados obtenidos en cada caso, según las escalas arancelarias vigentes (arts. 6, 14, 47 y conc., Dec.Ley 2.200).---------- Voto entonces a esta cuestión **PARCIALMENTE POR LA NEGATIVA**.----- --- **A LA SEGUNDA CUESTIÓN** el Dr. Velázquez respondió: ---------- Frente al acuerdo alcanzado al expedirnos sobre las cuestiones precedentes, corresponde: ----------

PAULO EDUARDO KÖNIG
SECRETARIO DE CAMARA

------- A) Revocar parciamente la sentencia apelada, a fin de fijar el monto del capital de la condena en la suma SETENTA Y NUEVE MIL NOVECIENTOS SESENTA Y SEIS PESOS CON SETENTA Y CUATRO CENTAVOS ($ 79.966,74) y confirmarla en todo lo demás que fuera materia de agravio.---------- B) Imponer las costas de segunda instancia a la demandada apelante en un 65 % y al actora en un 35 %.---------- C) Regular los honorarios de los Dres. J. A. I., R. A. S. y R. J. M. C., por sus labores de alzada, en las sumas respectivas equivalentes al 4,80 %, al 2,35 % y al 2,35 % del monto del proceso que surja de la liquidación a practicarse en la etapa de ejecución.---------- ASÍ LO VOTO.---------- **A LA SEGUNDA CUESTIÓN,** el Dr. Ferrari expresó: ---------- Tal como ya lo he adelantado, comparto la resolución propuesta por el colega prevotante en todos sus términos, votando en sentido idéntico.---------- Con lo que se dio por terminado el Acuerdo, dejándose constancia que la presente se dicta por dos miembros por haberse logrado la mayoría (art. 9 de la ley 1130, Textos ley 4550).---------- Trelew, 14 de noviembre de 2.008.---------- En virtud de lo resuelto en el Acuerdo cuya copia antecede, la Sala “A” de la Cámara de Apelaciones de la ciudad de Trelew; pronuncia la siguiente:----------

S E N T E N C I A: ---------- REVOCAR PARCIALMENTE la sentencia apelada, a fin de fijar el monto del capital de la condena en la suma SETENTA Y NUEVE MIL NOVECIENTOS SESENTA Y SEIS PESOS CON SETENTA Y CUATRO CENTAVOS ($ 79.966,74) y confirmarla en todo lo demás que fuera materia de agravio.---------- IMPONER las costas de segunda instancia a la demandada apelante en un 65 % y al actora en un 35 %.---------- REGULAR los honorarios de los Dres. J. A. I., R. A. S. y R. J. M. C., por sus labores de alzada, en las sumas respectivas equivalentes al 4,80 %, al 2,35 % y al 2,35 % del monto del proceso que surja de la liquidación a practicarse en la etapa de ejecución.---------- Regístrese, notifíquese y devuélvase.----------

Fdo: CARLOS A. VELÁZQUEZ – CARLOS DANTE FERRARI

REGISTRADA BAJO EL Nº 79 DE 2008 – SDL.- CONSTE.-