000139/2010

--- En la ciudad de Trelew, a los días de mayo del año dos mil diez, se reúne la Sala “B” de la Cámara de Apelaciones de esta ciudad, con la presidencia del Dr. Raúl Adrián Vergara y presencia del Sr. Juez del Cuerpo Dr. Aldo L. De Cunto y, para celebrar Acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **“M., L. O. c/ D. F. S.A. y/o quien resulte responsable s/ diferencia de haberes e indemnización de ley” (Expte 139 - Año 2010 CAT)** 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. 225.---------- **A LA PRIMERA CUESTIÓN,** el Dr. De Cunto dijo:---------- Vienen estas actuaciones a conocimiento de la Alzada con motivos de los recursos de apelación interpuestos por la demandada y por el actor a fs. 206 y 207 respectivamente contra la sentencia de fs. 197/201 vta. en la cual se hizo lugar parcialmente a la demanda promovida por L. O. M. contra D. F. S.A., condenando a esta última a abonar a aquél la suma de $ 9.558,85 y costas.---------- A fs. 208 se conceden ambos recursos, a fs. 209/211 vta. obra la expresión de agravios de la accionada y a fs. 213/215 la del actor, de acuerdo a lo normado por el art. 60 de la ley XIV Nº 1 -antes art. 62 de la ley 69-, de las que se confirieron los pertinentes traslados a fs. 212 y 216 respectivamente, sin que los mismos fueran contestados.---------- I.- Pasaré a reseñar los agravios de ambas partes para luego adentrarme en el análisis de los mismos.---------- 1) La demandada comienza sus agravios refiriéndose a las diferencias por salario a la parte y del segundo s.a.c. de 2002. Al respecto señala que según el convenio colectivo de trabajo de aplicación a la relación entre las partes -homologado mediante Resolución Nº 65/2000-, y que no es objeto de discusión, el salario básico es el que corresponde según el art. 27, al tripulante que durante el mes no navegare, es decir que no tenga remuneración a la parte alguna para percibir. Explica que es un salario que se abona al tripulante cuando no trabajare siquiera un solo día al mes, ya sea que no se embarcare por propia decisión, o porque el buque no navegare, a fin de que no deje de percibir las asignaciones familiares y se realicen los mínimos aportes para el trabajador y su grupo familiar. Dicho esto, expresa que durante los meses de junio y julio de 2002 el actor no navegó ningún día, por lo cual se le abonó el salario básico, de allí que no puede haber diferencia alguna en el pago de la producción. Agrega que el CCT de aplicación dispone en el art. 28 que los tripulantes cuando salgan a pescar tienen un sueldo garantizado, que se establece en el salario básico incrementado en un 50%, el que queda absorbido por el importe que pueda corresponder al tripulante de acuerdo a las partes que le pudieran corresponder de acuerdo a lo establecido en el convenio cuando la misma resultare igual o superior. Precisa que al tiempo del reclamo el sueldo garantizado era de $ 360. Añade que

durante los meses de abril y mayo de 2002 el actor percibió dicho sueldo garantizado, según surge de los recibos adjuntados, por lo que no puede existir diferencia a su favor. Como conclusión de lo anterior indica que las diferencias salariales fueron tomadas de la planilla presentada por la actora, siendo la misma incorrecta y sin sustento legal alguno, la cual fuera impugnada por su parte. En lo que respecta al mes de agosto de 2002 señala que se liquida como producción la suma de $ 783,88, mas en forma inconsistente se aplicó un determinado porcentaje sobre rubros que nada tienen que ver con la producción y que corresponden a la liquidación final. Destaca también que a rubros como el 2do. SAC de 2002, vacaciones, francos e incluso “a cuenta de futuros aumentos” se les aplica un porcentaje por diferencias de salario a la parte en un 35% y luego también como diferencia de cada rubro. Posteriormente precisa que en el mes de agosto de 2002 no sólo no existió diferencia a favor del actor sino que se le abonó de más. Resume el agravio puntualizando que se efectuó un cálculo improcedente: en abril sobre garantizado y francos, en mayo sobre garantizado, en junio sobre básico y SAC, en julio sobre básico, vacaciones y decreto Nº 1273/02, y en agosto sobre futuros aumentos, SAC, francos y vacaciones no gozadas.---------- En segundo lugar se queja respecto del reclamo de francos compensatorios. Indica que el CCT obligaba a la época del reclamo a pagar por cada franco compensatorio la suma de $ 19,40. Agrega que en virtud del art. 19 del convenio los francos se liquidan por cada día efectivamente navegado. Dicho lo anterior, señala que el actor reclama francos desde el 01/04/02 hasta el 05/09/02, por lo que de la documental acompañada por la propia contraria, deduce que en abril y mayo de 2002 navegó un sólo día cada mes y por ello se completó el salario abonado con el garantizado; en junio y julio no navegó por lo que por ambos meses se abonó el salario básico; en agosto de 2002 renunció el día 5 y había navegado un solo día, lo que surge de la producción realizada. De todo lo sentado concluye que por el período requerido, la actora no puede tener más de 3 días navegados, lo cual devengó menos de un franco ($ 0,90). Expresa que en abril de 2002 se le habían abonado a M. 33 francos y al momento de la liquidación final se le pagó otro franco más, cuando había navegado dos días, uno en mayo y otro en agosto. Añade por último que, amén de que no existe diferencia de pago correspondiente a francos, en todo caso la misma debe ser múltiplo de $ 19,20, lo que la exime de mayores comentarios.---------- Finalmente, como tercer agravio, sostiene que la doctrina y jurisprudencia es pacífica al haber determinado que jamás puede establecerse una diferencia salarial respecto de una suma que no se ha percibido, ni abonado y mucho menos determinado, como pretende la contraria con el salario de enero de 2002. Efectúa el petitorio de estilo.---------- 2) La actora, en su expresión de agravios, realiza las siguientes consideraciones. Expresa que la demandada manifiesta que no se sabe ni se explica en la demanda la razón por la cual se reclama un 35% más de los salarios a la parte de todos los meses trabajados, exigiéndose dicho porcentaje fijo sin

explicarse de dónde surge la diferencia. Comenta que la impugnación realizada por la demandada es infundada, arbitraria e ilegal ya que en varios expedientes que fueron ofrecidos como prueba se dictaron sentencias que se encuentran firmes, y quedó demostrada la falta de pago estimativa del 35% del salario a la parte, para lo cual se tuvieron en cuenta los importes consignados en los recibos de haberes y en los partes de pesca. Agrega que es imposible suministrar mayor precisión, dada la permanente conducta maliciosa de la accionada que ocultó la documentación a presentar y por ende debe soportar las consecuencias de su conducta.---------- En cuanto al saldo de los dos SAC de 2002, entiende que la demandada impugnó indebidamente ambos rubros, alegando falsamente que para pagarlos debía tomarse en cuenta el promedio mensual del semestre y no el mejor salario del semestre. Seguidamente indica que en el escrito de demanda se reclamó la indemnización del art. 43 de la ley 25345 otorgándoseles el plazo de 30 días corridos contados a partir de que se notificara la demanda, remitiéndose a las mismas consideraciones efectuadas al art. 45 de la ley 25345. Indica que si bien no se hizo reclamo basado en los arts. 1 y 2 de la ley 25323, solicita que al momento de dictarse sentencia de segunda instancia se fije un plazo de cinco días hábiles para que la demandada cumplimente con dicha obligación y poder evitar así un nuevo juicio laboral. En lo relativo al 100% de la indemnización del art. 45 de la ley 25345, expresa que la contraria afirma que no debe tomarse la base salarial reclamada por ser excesiva y porque no se cumplieron las formalidades dispuestas en el decreto 146/01, a lo que comenta que la demandada no se molestó en desarrollar las defensas que arguyó. Señala que el art. 45 de la ley 25345 agregó un último párrafo al art. 80 de la LCT y que sólo se ha hecho entrega de la certificación de servicios y remuneraciones pero no del certificado de trabajo con los datos consignados en el apartado 3 del referido art. 80. Añade que el hecho de que la empresa hubiera realizado aportes en forma global o que no existieran datos suficientes en sus registros no la eximen de la entrega al trabajador de los certificados que prevé la norma mentada. Considera que el “a quo” rechazó indebidamente la multa prevista en el art. 45 alegando que la accionada había acompañado dicho certificado de servicios y remuneraciones a fs. 177. Considera que ello es incorrecto porque la documental indicada no reúne los requisitos previstos en la norma en cuestión, ya que los conceptos que debieron consignarse como agente de retención son: retención de aportes jubilatorios y obligaciones fiscales a cargo del trabajador. Por último entiende que el escrito de impugnación de la demandada es extemporáneo ya que no contestó demanda, pudiendo sólo efectuar consideraciones respecto a las probanzas arrimadas a la causa, por lo que solicita que no se tengan en cuenta los planteos efectuados a fs. 179.---------- II.- Delimitada la materia sobre la cual habrá de ejercer este Cuerpo la facultad revisora, me adentraré al tratamiento de los agravios, comenzando por los que hacen a las diferencias salariales y francos compensatorios,

según se quejara la demandada sin perjuicio del tratamiento conjunto que merezcan los agravios vertidos por el actor.--------

--- 1) El primer agravio de la demandada se refiere a las diferencias por salario a la parte y del 2do. SAC de 2002 (ver fs. 209/210 vta., pto. I) y lo mismo cabe decir de los dos primeros del actor (ver fs. 213/214, ptos. 1.1 y 1.2). Respecto de las quejas de este último ha de precisarse que cuando se refiere a la estimación del 35% adeudado, considera que la impugnación realizada por la contraria es infundada, arbitraria e ilegal y cita varios expedientes donde quedó demostrada la falta de pago en un 35% estimativamente, agregando que la contraria debe soportar las consecuencias de su conducta maliciosa (ver fs. 213/vta., pto. 1.1). Y en cuanto al saldo de SAC por los dos períodos del año 2002 se limita a indicar que la demandada impugnó dichos rubros alegando que se debía tomar en cuenta el promedio mensual del semestre y no el mejor salario del mismo (ver fs. 213 vta./214, pto. 1.2). Respecto de esto último, es de señalar que el juzgador de grado consideró que *"En cuanto, a la base a tomar en cuenta para el cálculo del aguinaldo, de acuerdo a lo establecido por la ley 23041 el sueldo anual complementario se calculará como el 50% de la mayor remuneración mensual devengada por todo concepto dentro de los semestres que culminan en los meses de junio y diciembre de cada año. En consecuencia, se hará lugar también al reclamo por dicho concepto según el cálculo efectuado por el actor"* (ver sentencia a fs. 200 "in fine"/vta., 1er. párrafo). Es así que no cabe otra cosa que concluir que el sentenciante acogió la postura que el actor esgrime en su expresión de agravios, por lo que no hay agravio que atender al respecto.----------

--- Sin perjuicio de lo anterior, del análisis de los dos primeros agravios del actor, hasta por su propia estructura de redacción, se evidencia que lejos de criticar el decisorio recurrido, el apelante vuelca sus esfuerzos en contradecir la posición de la contraria, mas ni siquiera la posición que la misma sustentara en la expresión de agravios de fs. 209/211 vta., sino, aparentemente, la sostenida en el escrito de fs. 178, del cual se confirió oportuno traslado a fs. 183, siendo contestado a fs. 184 vta. y que mereciera la providencia de fs. 184. Y lo mismo cabe decir del supuesto agravio que ejercita a fs. 215, pto. 1.6, en el cual se limita a considerar extemporánea la impugnación que la demandada efectuara en la presentación de fs. 178. Es así que, en estos tres agravios del actor, ninguna crítica se ejerció contra el razonamiento del "a quo". Al respecto debe recordarse que es sabido que crítica concreta se refiere a la precisión de la impugnación, señalándose el agravio; lo de razonada alude a los fundamentos, bases y sustanciaciones del recurso, se debe trasuntar un razonamiento coherente que demuestre, a la vez, el desacierto del razonamiento contenido en la sentencia que se impugna (conf. CN. Civ., Sala D, 12/9/79, ED, 86-442). La crítica razonada no se sustituye con una mera discrepancia, sino que debe implicar el estudio de los razonamientos del juzgador, demostrando a la Cámara las equivocadas deducciones, inducciones y conjeturas sobre las distintas cuestiones resueltas (conf. Fenochietto-

Arazi: “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Comentado”, Ed. Astrea, 1993, Tº 1, pág. 941). En el mismo sentido es sabido que carece de contenido el escrito de expresión de agravios que no ataca concreta y frontalmente los verdaderos fundamentos del fallo (conf. C. 1era. Apel. San Nicolás, 29/4/71, LL, 143-100). Es que criticar no es lo mismo que disentir, ya que lo primero importa un ataque directo y pertinente a la fundamentación del fallo apelado, tendiente a demostrar los errores fácticos y jurídicos que éste pueda contener, mientras que lo segundo consiste simplemente en exponer que se está en desacuerdo con la sentencia recurrida (conf. CN. Civ., Sala A, 19/8/91, LL, 1992-A-487, nº 42). La expresión de agravios no es una simple fórmula carente de sentido (conf. CN. Civ., Sala H, 20/6/03, ED, 204-472) que ejercitada, traslada la competencia al tribunal de alzada (conf. C. 1era. Civ. y Com. Bahía Blanca 29/2/68, LL, 131-698), sino que, como lo señala el art. 265 del C. Procesal debe contener una crítica concreta y razonada (conf. CN. Civ., Sala M, 27/9/00, ED, 191-414) de las partes del fallo que el recurrente considere equivocadas (conf. CN. Civ., Sala F, 18/7/96, LL, 1997-D-827, 39.612-S), indicando los supuestos errores u omisiones que la misma contiene así como los fundamentos que le permitan sostener una opinión distinta (conf. CN. Com., Sala A, 21/2/96, ED, 172-92); es decir, debe señalar punto por punto los errores que se atribuyen a la sentencia en grado, por los cuales se considera que el pronunciamiento es injusto o contrario a derecho (conf. CN. Civ., Sala A, 16/12/99, ED, 186-539). En la expresión de agravios deben refutarse las conclusiones de hecho y derecho que motivan la decisión en grado, mediante la exposición de circunstancias jurídicas por las cuales se considera erróneo el pronunciamiento impugnado (conf. CN. Civ., Sala H, 20/6/03, ED, 204-472). Este es el criterio sostenido por esta Sala en numerosos antecedentes, entre ellos, recientemente, CANE, Sala “B”, SDL Nº 20/2010 del 10/05/10. En consecuencia de lo razonado, postulo se declare la deserción parcial en cuanto a los tres agravios del actor examinados.----------

--- 2) En lo que se refiere al primer agravio de la demandada, la misma sostiene que el salario básico se abona al tripulante que no trabajare ni siquiera un solo día al mes, señalando que en junio y julio de 2002 el actor estuvo en dicha situación y por tal motivo se le pagó el mencionado salario, por lo tanto en esos meses no puede haber diferencia en su favor en el pago de la producción (ver fs. 209vta., pto. A). El juzgador de grado argumentó al respecto que el actor señaló que la diferencia existente entre lo depositado en su cuenta bancaria por la demandada y lo reclamado oscila en un 35%, y determinó los importes en cuestión. En base a la inversión de la carga de la prueba de acuerdo al art. 44 de la ley 69 -actual art. 43 de las ley XIV Nº 1-, el sentenciante valoró que la demandada se limitó a desconocer a través de la impugnación que efectuara a la liquidación del actor la diferencia reclamada sin haber desvirtuado los importes en cuestión, por lo que hizo lugar a las diferencias requeridas (ver sentencia a fs. 200).------

--- En el agravio examinado la accionada indica que en junio y julio de 2002 M. no navegó, sin embargo ello no pasa de ser una mera afirmación de la recurrente. Es que en la demanda el actor señaló los períodos que estuvo embarcado, y tales meses se encuentran dentro del período que se enumera como del 31/05/02 al 05/09/02, por un total de 98 días (ver fs. 03, pto. III), por lo que cabe tener tal circunstancia por reconocida, ya que la accionada no contestó la demanda (ver fs. 46). Es que debe recordarse que resulta de aplicación supletoria el art. 360, inc. 1 de la ley XIII Nº 5 Anexo A -antes art. 356, inc. 1 del CPCC- (conf art. 73 de la ley XIV Nº 1 -antes art. 76 de la ley 69-). En virtud de dicha norma, tanto el silencio como las respuestas evasivas o la negativa meramente general, pueden estimarse admisión tácita de los hechos expuestos por el actor. Este efecto, derivado del incumplimiento de la carga de comparecer y pronunciarse categóricamente sobre los hechos, encuentra su correlación en el art. 919 del C. Civil, que solamente considera el silencio como una manifestación de voluntad, en los casos en que haya una obligación de explicarse (conf. Fenochietto-Arazi, op. cit., Tº 2, págs. 239/240). La falta de una respuesta categórica a los hechos alegados en la demanda ha sido valorada para apreciar con menos severidad la prueba producida por el actor (conf. CN. Civ., Sala F, 9/11/79, JA, 1980-III-238; íd., Sala G, 7/7/87, LL, 1988-A-346; CN. Com., Sala B, 9/12/81, LL, 1988-C-75); en otros casos se interpretó el silencio como una fuente de presunción simple, debiendo el juez, en oportunidad de dictar sentencia, atendiendo a la naturaleza del proceso y a los elementos de convicción que surjan de él, establecer si es o no susceptible de determinar el acogimiento de la pretensión deducida (conf. SCBA, 23/7/80, Sensus, XXIX-574, nº 349; íd., 25/7/58, DJBA, 116-29; CN. Civ., Sala F, 7/5/79, JA, 1980-III-87; entre otras).----------

--- En la especie la accionada no especifica los elementos probatorios que fundamentarían su aserción acerca de que M. no navegó durante junio y julio de 2002, mientras que los períodos denunciados por el actor como embarcados se compadecen con las constancias de la libreta de embarque que obra en copia certificada en la documentación reservada (ver fs. 32). Pero amén de ello es de señalar, que además de la falta de respuesta al traslado de la demanda, la demandada tuvo oportunidad de contestar el traslado de la liquidación practicada por el accionante a fs. 165/166, lo que efectivamente hizo a fs. 178, limitándose a señalar que no se sabe ni se explica por qué el actor reclama un 35% en los salarios a la parte, si es por distinto peso o diversa clasificación del langostino, por errores, considerando temerario el reclamo de un 35% fijo (ver fs. 178, pto. I, 2do. párrafo). Como se puede observar, aún en dicha oportunidad la empleadora nada dijo acerca de que en los meses en cuestión el actor no había navegado. En consecuencia de ello cabe concluir que lo argumentado en esta sede no resulta capítulo propuesto a la consideración del “a quo”. Es que queda claro que el contenido de la expresión de agravios se refiere a cuestiones de hecho que debieron haber sido introducidas al contestarse demanda o al menos en la presentación

de fs. 178. Ante esta falta de introducción de tales hechos en la instancia originaria, vedado le está a este tribunal examinarlos en esta sede por no haber sido capítulo propuesto oportunamente. Es que en virtud de lo establecido por el art. 277 del CPCC, el tribunal de alzada no podrá fallar sobre capítulos no propuestos a la decisión del juez de primera instancia, quedando así 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; entre otros). Es que la expresión de agravios no es la vía pertinente para introducir nuevos planteamientos o defensas que debieron deducirse en el correspondiente estadio procesal (conf. CN.Fed. ContAdm., Sala III, 10/5/88, J, 1989-III-321). Es criterio sentado por esta Sala “B” (ver, entre otros, CANE, Sala “B”, SDC Nº 32/09 del 15/09/09).----------

--- Siempre dentro del primer agravio de la demandada, la misma aduce que a la luz del art. 28 del CCT homologado mediante la Resolución Nº 65/00 de la Subsecretaría de Trabajo de la Pcia. del Chubut, el sueldo garantizado, consistente en el básico más el 50% queda absorbido por el importe que pueda corresponder de acuerdo a lo establecido en el convenio. Es así que entiende que de los recibos de haberes se desprende que en abril y mayo de 2002 el actor percibió este sueldo garantizado por lo que no pueden existir diferencias salariales respecto al mismo (ver fs. 209 vta./210, pto. B). Nuevamente aquí nos encontramos en que en todo caso este argumento debió haber sido esgrimido, cuando menos a fs. 178, ya que en tal oportunidad tuvo la demandada la ocasión de contestar el reclamo determinado cuantitativamente por el actor a fs. 165/166. Seguidamente la demandada se agravia de que se reconociera el 35% por diferencias salariales por el mes de agosto de 2002, ya que por ese mes se liquidaron solamente $ 783,88 por producción, mas se aplicó un determinado porcentaje sobre rubros que nada tienen que ver con producción y que corresponden a la liquidación final, así como que en el recibo de ese mes se abonó la suma de $ 1.078,01 “a cuenta de futuros aumentos”, con lo cual entiende que lejos de haber existido diferencias salariales a favor del actor, al mismo se le abonó de más (ver fs. 210/vta., pto. C). A riesgo de ser reiterativo encuentro que este agravio también versa sobre una cuestión que debió haber sido planteada al menos al contestar el traslado de la liquidación de fs. 165/166, ya que era en dicha oportunidad cuando debía haber brindado argumentos a fin de impugnar el 35% reclamado por la actora sobre los salarios percibidos. Por el contrario, insisto, se limitó a aludir genéricamente que el actor no especificó las razones del porcentual reclamado, sin referirse al detalle de la composición de los recibos, lo que recién arguye en esta instancia.----------

--- En consecuencia de todo lo dicho, y a la luz de lo dispuesto por el art. 280 de la ley XIII Nº 5 Anexo A -antes art. 277 del CPCC-, propongo al acuerdo la deserción parcial del recurso del actor en lo que a este primer agravio se refiere.- ----------

--- 3) En segundo lugar la demandada se queja en relación al rubro francos compensatorios dado que los mismos se liquidan por cada día efectivamente navegado y como durante el período reclamado por el actor el mismo no puede tener más de tres días navegados, se devengó menos de un franco. A ello añade que toda supuesta diferencia de pago correspondiente a francos debe ser múltiplo de $ 19,20 (ver fs. 211/vta., pto. 2). En relación a que en el período reclamado de abril a agosto de 2002 M. navegó sólo tres días, ello no se compadece con los períodos embarcados que se enumeran en la demanda (ver fs. 03, pto. III) y que, como se dijera “ut supra”, fueron tácitamente admitidos por la demandada debido a su incontestación del traslado de la demanda, amén de que se compadecen con las constancias en fotocopias certificadas de la libreta de embarque (ver fs. 32 de la documental reservada). En consecuencia no cabe atender al argumento de que sólo navegó tres días en el período en cuestión, ya que en todo caso y en virtud de lo dispuesto por el art. 280 de la ley XIII Nº 5 Anexo A -antes art. 277 del CPCC-, dicho argumento referido a la cantidad de días efectivamente navegados debió invocarse al tiempo de contestar la demanda.----------

--- Por lo demás, y relativo al monto reconocido por este concepto que también se cuestiona, el sentenciante de grado argumentó que *“Asimismo, resulta procedente el pago de los francos compensatorios solicitados, en mérito al detalle realizado por el actor en la demanda teniendo en cuenta a tal fin las constancias obrantes en la documental aportada -ver fs. 26/32 de la documental reservada en secretaría- y el silencio opuesto en ese sentido por la demandada”* (ver sentencia a fs. 200 vta., primer párrafo). En base a ello es que se arribó al monto de $ 281,70 (ver sentencia a fs. 200 vta., anteúltimo párrafo). Es cierto que el juzgador tomó como valor monetario del reclamo los días que el actor calculó como correspondientes a francos compensatorios (ver demanda a fs. 03, pto. III), mas en todo caso, quien resultaría perjudicado por ello es el mismo actor, debido a que se debía calcular el valor del franco compensatorio de $ 19,20 de acuerdo a la cantidad de días correspondientes. En síntesis, por las razones esgrimidas también propongo la deserción parcial del recurso en cuanto a esta queja se refiere, dado que se vuelven a introducir argumentos que debieron haberlo sido en la instancia precedente.----------

--- Finalmente se agravia la demandada respecto a la diferencia del 1er. SAC de 2002, arguyendo que la doctrina y la jurisprudencia es pacífica en que no puede haber diferencia salarial respecto de una suma que no se ha percibido, como ocurre con el salario de enero de 2002 (ver fs. 211 vta., pto. 3). Al respecto es de indicar que el juzgador tomó por este rubro el monto de $ 1.148,67, de acuerdo a la liquidación que efectuara el accionante a fs. 165 vta. (ver pto. 3.2). Ahora bien, en dicha liquidación el actor computó el primer período de aguinaldo sobre el monto del mejor sueldo devengado durante el primer semestre de 2002, que fue el de enero de ese año, mas sobre el monto percibido $ 4.792,34 adicionó el 35%. Mas ocurre que dicho porcentaje que reclamó por diferencias por salario a la parte, se circunscribió a los meses de

febrero a agosto de 2002 (ver fs. 165 vta.), por lo cual no debía calcularse porcentaje alguno por diferencia salarial para el mes de enero de 2002. Con todo, el haber de dicho mes de $ 4.792,34 (ver recibo de fs. 05 de la documental reservada) fue efectivamente la mejor remuneración del semestre, y sobre dicho haber debía calcularse el SAC, el que fue correctamente abonado en la suma de $ 2.396,47 (ver recibo de fs. 03 de la documental reservada). En consecuencia habré de otorgar razón a la demandada apelante en este punto, en cuanto no corresponde computar la diferencia de $ 1.148,67 que se receptara en la sentencia como saldo del primer período de SAC de 2002, haciendo lugar al agravio examinado.----------

--- 4) Corresponde ahora continuar con las quejas restantes del accionante. Con relación a la indemnización del art. 43 de la ley 25345 (Dto. 146/01), señala que en la demanda se reclamó la mentada indemnización, otorgándosele el plazo de 30 días corridos contados a partir de que se notificara la acción, remitiéndose a las consideraciones efectuadas al art. 45 de la misma ley (ver fs. 214, pto. 1.3). Sobre este ítem el “a quo” razonó que *“Tampoco, resulta procedente la indemnización que prevé el artículo de la referida norma legal, en razón de que el actor no dio cumplimiento a lo normado por el Decreto 146/01 de intimar previamente a su empleadora para que en el plazo de treinta días corridos integre los fondos destinados a la seguridad social”* (ver sentencia a fs. 208 vta., 1er. párrafo). Como se puede apreciar la demandante no ataca el argumento del juzgador, ya que sólo se remite a lo considerado respecto del art. 45 de la ley 25345, mas dichas consideraciones giran en torno a que la documental de fs. 177 no reúne los requisitos previstos en el apartado 3 del art. 80 de la LCT. Por lo tanto deja incólume el razonamiento del juzgador que fundamentó el rechazo de la indemnización en que no se había dado cumplimiento con la intimación previa por el plazo de treinta días. Es así que postulo la deserción parcial por este agravio.----------

--- Por lo demás, y sólo a mayor abundamiento, diré que, la decisión del sentenciante de grado resulta correcta ya que la reglamentación del art. 132 bis de la LCT (decreto 146/01) establece que para que resulte procedente esta sanción, el trabajador deberá intimar fehacientemente al empleador a efectos que, dentro de los treinta (30) días siguientes, ingrese los importes adeudados con más sus intereses y multas correspondientes (conf. Del Bono, Carlos M., en Rodríguez Mancini-Barilaro: “Ley de Contrato de Trabajo Comentada”, Ed. La Ley, 2007, Tº III, pág. 429). Es éste además el criterio sostenido por este Cuerpo (conf. CANE, Sala “B”, SDL Nº 03/09, del 03/02/09).--

--- Seguidamente el actor señala que si bien las indemnizaciones de los arts. 1 y 2 de la ley 25323 no han sido reclamadas, teniendo en cuenta que no existe plazo legal para la entrega de las mismas, solicita que al dictarse la presente se fije un plazo de cinco días hábiles para que la demandada cumplimente esta obligación y así evitar un nuevo juicio laboral (ver fs. 214, pto. 1.4). Sólo diré al respecto que la propia apelante admite que estos conceptos no fueron objeto de reclamo en la instancia precedente, lo cual además se desprende de la lectura de la demanda (ver fs. 06/vta., pto. III), por lo cual me remito

a lo expuesto en el considerando 2 en cuanto a que este Cuerpo no puede examinar cuestiones no propuestas al análisis del juez “a quo”, en virtud de lo dispuesto por el art. 280 de la ley XIII Nº 5 Anexo A (antes art. 277 del CPCC). En consecuencias también habré de proponer la deserción parcial del recurso.----------

--- Finalmente, en cuanto a la indemnización del 45 de la ley 25345 (ver fs. 214/vta., pto. 1.5), el sentenciante de origen valoró que *“...no se hará lugar a la multa prevista por el art. 45 de la ley 25345 toda vez que la accionada acompañó el certificado de servicios y remuneraciones establecido por el artículo 80 de la L.C.T. -ver documental obrante a fs. 177...”* (ver sentencia a fs. 200 vta., 1er. párrafo). La actora comienza por efectuar comentarios a la postura de la demandada, lo cual no importa crítica alguna al decisorio del juzgador, mas luego sí señala que éste se equivoca ya que indica que la documental de fs. 177 no reúne los requisitos previstos en el apartado 3 del art. 80 de la LCT.----------

--- Al respecto debe recordarse que el tribunal de 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 (conf. Fenochietto-Arazi, op. cit., Tº 1, ág. 959). Es así que, más allá de lo argumentado por el sentenciante de grado, lo que queda claro es que la actora no intimó previamente a la demandada, ya que en demanda reclama la indemnización en cuestión sólo para el caso de que transcurridos dos días hábiles desde que no se notifique la demanda, no se depositaren las constancias de pago a la seguridad social o el certificado de aportes y cese de servicios (ver fs. 06 “in fine”, pto. 7). Y en tal sentido esta Sala ha sostenido que el art. 3 del decreto 146/01, que reglamenta el art. 45 de la ley 25345, que a su vez modifica el art. 80 de la LCT reza: *“El trabajador quedará habilitado para remitir el requerimiento fehaciente al que se hace alusión en el artículo que se reglamenta, cuando el empleador no hubiere hecho entrega de las constancias o del certificado previstos en los aps. 2 y 3 del art. 80 de la LCT 20744 (t.o. por decreto 390/76) y sus modif., dentro de los treinta (30) días corridos de extinguido, por cualquier causa, el contrato de trabajo”.* Es decir que es un requisito de procedencia del pago de la “indemnización” prevista por el párrafo agregado al art. 80 por la ley 25343, que el trabajador cumpla con la carga de intimar a su empleador respetando los plazos que surgen del texto legal y del decreto 146/01 (conf. Livellara, Carlos A., en Rodríguez Mancini-Barilaro: “Ley de Contrato de Trabajo Comentada”, Ed. La Ley 2007, Tº II, pág. 1033). En antecedente del supremo tribunal provincial (STJCH, SD, Nº 15/S.R.E./06 del 19/10/06), se efectuó una reseña de los precedentes tanto a nivel provincial como de las Salas de las Cámara Nacional del Trabajo, acerca de la necesidad de la intimación extrajudicial previa a fin de que proceda la indemnización del art. 80 de la LCT. Como síntesis de tal reseña se sostuvo que la obligación formal impuesta por el art. 45 de la ley 25345 y su decreto reglamentario consistente en intimar de modo fehaciente al empleador a efectos de que haga entrega de los certificados de trabajo y aportes

previsionales previstos en el art. 80 de la LCT, no puede ser suplida por la interposición de la demanda y su traslado a la contraria ni por la instancia administrativa (del voto del Dr. Pasutti). En el mismo sentido, el segundo votante concluyó que la procedencia de la indemnización de estudio opera cuando el trabajador -ante el incumplimiento de extenderle los certificados de trabajo- intime no sólo en el tiempo al que hace referencia el decreto reglamentario sino que se efectivice por vía extrajudicial de modo fehaciente y en términos precisos que no conduzcan a confusión respecto al rubro que se pretende reclamar (del voto del Dr. Caneo) (conf. CANE, Sala “B”, SDL Nº 98/09 del 05/11/09).----------

--- En consecuencia, no habiéndose cumplido con la intimación extrajudicial por parte de la actora, y por distintos argumentos a los brindados por el juzgador de primera instancia, se rechaza el agravio en cuestión.----------

--- III.- En consecuencia de lo expuesto y razonado, corresponderá propiciar al acuerdo que se revoque parcialmente el fallo recurrido, al sólo efecto de reducir el monto de condena a la suma de **pesos ocho mil cuatrocientos diez con dieciocho centavos ($ 8.410,18),** confirmándolo en todo lo demás que fuera objeto de agravios. Atento lo dispuesto por el art. 279 del CPCC -actual art. 282 de la ley XIII Nº 5 Anexo A- , dado que se modifica el monto de condena por prosperar parcialmente el recurso deducido por la accionada, corresponde adecuar la aplicación de costas y el monto de los honorarios de primera instancia, al contenido de este pronunciamiento, aunque no hubiese sido materia de apelación. Al respecto, dada la limitación que establece la norma citada en cuanto a que la adecuación debe efectuarse de acuerdo a este pronunciamiento, es de señalar que teniendo en cuenta que cinco fueron los rubros que se acogieran en primera instancia, de los cuales se ha desestimado uno en esta sede, encuentro razonable distribuir las costas en un 85% a la accionada y en un 15% al actor (conf. art. 57 de la ley XIV Nº 1 y art. 72 de la ley XIII Nº 5 Anexo A -antes arts. 59 de la ley 69 y 71 del CPCC-). En cuanto a la regulación de honorarios de primera instancia, dado que los mismos fueron determinados en porcentajes y que estos últimos no resultan inadecuados a pesar de la reducción del monto de condena, postulo el mantenimiento de los mismos.----------

--- En cuanto a las costas de esta instancia, dado que de los seis agravios de la actora, cinco fueron declarados desiertos y el restante rechazado, así como que de los tres que vertiera la demandada, se acogió uno solo y los dos restantes fueron declarados desiertos, encuentro equitativo imponerlas en un 70% al actor y en 30% a la accionada (conf. art. 57 de la ley XIV Nº 1 y art. 72 de la ley XIII Nº 5 Anexo A -antes arts. 59 de la ley 69 y 71 del CPCC-). A tal fin, atendiendo a la regulación efectuada en primera instancia, la extensión y eficacia de las tareas, así como los resultados obtenidos, propongo regular por los trabajos realizados en la Alzada, a los Dres. L. C. B. y P. A. S., letrados apoderados de la accionada, en conjunto, en un 3,64%; y al Dr. R. J. C., letrado apoderado del actor, en un 4,65%; en ambos casos sobre el total de condena,

con más el IVA si correspondiere (conf. arts. 5, 8, 13 y 46 de la ley XIII Nº 4 -antes arts. 6, 9, 14 y 47 de la ley 2200).----------

--- Voto entonces a esta cuestión parcialmente por la AFIRMATIVA.----------

----**A LA PRIMERA CUESTION** el Dr. Vergara dijo: ----------

----1. Llegan a conocimiento de este Tribunal las presentes actuaciones como consecuencia de los recursos de apelación interpuestos por las partes demandada y actora a fs. 206 y 207, respectivamente, que fueran concedidos a fs. 208, contra la sentencia de la anterior instancia de fs. 197/201 que hizo lugar parcialmente a la demanda instaurada por L. O. M. y condenó a D. F. S.A. al pago dentro del plazo de diez días de la suma de $9.558,85.-, con más sus intereses, en concepto de francos compensatorios, diferencias en el salario a la parte, sueldo anual complementario, y vacaciones proporcionales, con imposición de costas a la demandada.----------

----La expresión de agravios de la accionada luce a fs. 209/211 y vta. y la correspondiente al accionante a fs. 213/215, los traslados conferidos a fs. 216 no fueron evacuados, y la relación sucinta de las cuestiones planteadas fue desarrollada por el Dr. De Cunto, motivo por el cual y atendiendo a razones de brevedad procesal me remito a tales expresiones, sin perjuicio de las consideraciones que en su caso corresponda realizar.----------

----2. Manifiesta la parte actora en su expresión de agravios que efectúa consideraciones destinadas a respaldar los fundamentos del fallo ante la impugnación de su contraria formulada a fs. 178, y a ese fin cita diversos expedientes en apoyo de la estimación del 35% adeudado. Expresa también que la conclusión de la demandada en cuanto a la adopción del promedio mensual del semestre y no el mejor salario para el cálculo del sueldo anual complementario año 2002 es indebida y arbitraria.----------

----En tal sentido, las expresiones vertidas a fs. 213/214, puntos 1.1. y 1.2., evidencian que el recurrente desarrolla una línea argumental tendiente a contradecir la postura adoptada por su contraria en el escrito de fs. 178 al evacuar el traslado conferido a fs. 169, a cuyo respecto cabe considerar que ya se le otorgó al actor en la anterior instancia y con carácter previo al dictado de sentencia la oportunidad de manifestarse como consecuencia del traslado de la impugnación conferido a fs. 183 y que materializara a fs. 184 vta. ----------

----Idéntica conclusión cabe hacer extensiva a las consideraciones efectuadas a fs. 215, p. 1.6., en cuanto a que la impugnación de la demandada resulta extemporánea. ---------

----En síntesis, las manifestaciones expuestas por el quejoso en los puntos 1.1., 1.2., y 1.6. de su expresión de agravios se enderezan a formular una réplica a la impugnación efectuada por su contraria a fs. 178 respecto de la cual ya tuvo oportunidad en la anterior instancia de expedirse conforme al traslado dispuesto a fs. 183 (“... De la impugnación formulada a la liquidación practicada a fs. 166/167, traslado a la parte actora ...”), por lo que tales consideraciones devienen extemporáneas, y al mismo tiempo carecen de una crítica concreta a los fundamentos del fallo recurrido.----------

----Y la ley procesal requiere así, con la finalidad de mantener el debate en un plano intelectual antes que verbal, que la crítica dirigida a la sentencia sea concreta, lo cual significa que la parte debe seleccionar del discurso del magistrado aquel argumento que constituye estrictamente la idea dirimente y que forme la base lógica de la decisión. Cuando el litigante no formula su expresión de agravios de esa manera, cae derrotado por su falta de instrumental lógico de crítica (CNCom., sala “D”, abril 24-984, “Persiani e Hijos, José c. Productos Pulpa Moldeada S.A.”, L.L. 1985-A, 309).----------

----El agravio carece de contenido, cuando como en el caso … h) No ataca concreta y frontalmente los verdaderos fundamentos del fallo (Fenochietto-Arazi, “Código Procesal ...”, Astrea, 1983, T. 1, pág. 839). ----------

----En consecuencia, el actor apelante en estos tramos de su expresión de agravios incurrió en deserción parcial del recurso por deficiencia técnica (arts. 269 y 270, Anexo A, Ley XIII – Nº 5, arts. 265 y 266 del C.P.C.C.).----------

----3. Sostiene la demandada en lo que hace a las diferencias por salario a la parte que el salario básico corresponde al tripulante que durante el mes no navegare, y es indiscutible que en los meses de junio y julio de 2002 el actor no navegó ningún día por lo que se le abonó el salario básico. Formula interrogante en cuanto a como puede existir una diferencia salarial en el pago de la producción cuando no existió producción alguna.----------

----Sobre dicho aspecto el Sr. Juez de la anterior instancia a fs. 200 expresó que ***el actor, señaló que la diferencia existente entre lo depositado en su cuenta bancaria por la demandada y lo reclamado oscila en un 35%, determinando a tal efecto los importes en cuestión***. ***La accionada, dijo que no explica el actor como llega al porcentaje adeudado por su representada*** ... Y en ese contexto precisó que ***en el ámbito laboral una vez acreditado el vínculo contractual entre las partes, se produce la inversión del onus probandi pesando sobre el empleador la carga de probar lo contrario a lo afirmado por el trabajador que es lo que ocurre en el caso específico del salario denunciado -art. 44 de la ley 69-. En este sentido, la demandada, se limitó a desconocer a través de la impugnación efectuada la diferencia reclamada por el actor sin haber desvirtuado en modo alguno los importes en cuestión, motivo por el cual se hará lugar a dichas diferencias***. ---------

----En tales condiciones, las manifestaciones de la demandada en el sentido de que el actor no navegó en los meses de junio y julio de 2002 es una mera afirmación de la parte formulada de modo extemporánea, pues el actor en demanda alegó que en esa época, más precisamente del 31/05/02 al 05/09/02 (98 días), se encontraba embarcado (p. III.1. del escrito de inicio, fs. 3), y ese dato fáctico resultó admitido ante la falta de contestación de demanda. ----------

----Al respecto, la bilateralidad del proceso se satisface con la debida citación a comparecer; si el citado no responde, soportará las consecuencias del incumplimiento de la carga respectiva (Arazi-Rojas, “Código Procesal …”, Rubinzal-Culzoni Editores,

2001, T. I., pág. 225), y ese incumplimiento si bien no tiene de por sí el efecto de tornar sin más procedente la demanda crea una presunción a favor de las pretensiones del actor (SCBA, Ac. y Sent., 1977, v. II, p. 852; DJBA, v. 123, p. 258).----------

----Por eso puede decirse que la falta de contestación crea una presunción que debe ser destruida por la del demandado. La falta de contestación de la demanda puede estimarse como un reconocimiento de los hechos invocados en ella; pero la presunción de conformidad con la demanda que de ella resulta solo funciona cuando no surja una demostración contraria de la prueba que el demandado pueda luego producir. El silencio del demandado puede interpretarse como un reconocimiento de lo afirmado en la demanda si no ha aportado prueba contraria y ha hecho abandono del juicio (Alsina, “Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial”, EDIAR, Buenos Aires, 1958, T. III, págs. 198/199, y cita de jurisprudencia).----------

----Se trata de un supuesto de admisión lógica, y sus efectos, provisionales e indeterminados *a priori*, serán los que adquiera a mérito del ulterior comportamiento del admitente. Es decir, se hallan supeditados a la eventual prueba en contrario que él produzca (conf. Atilio Carlos González, “Silencio y rebeldía en el proceso civil”, Astrea, 1979, pág. 49). ----------

----Máxime si se considera que en el proceso laboral la falta de contestación de demanda determina que “se presumirán como ciertos, salvo prueba en contrario, los hechos alegados por el actor”, conforme al art. 54 de la Ley XIV Nº 1 (art. 56 de la ley 69) (el subrayado me pertenece). ----------

----En ese contexto, la demandada no precisó qué prueba en contrario aportó a la causa que permitiera brindar apoyo a su aseveración en el sentido de que el actor no navegó durante los meses de junio y julio de 2002, en tanto que los períodos embarcados que afirmara el accionante en su escrito de demanda a fs. 3 se encuentran admitidos por aplicación de la normativa antes individualizada de la ley de procedimiento laboral, y además corroborados con las constancias de la libreta de embarco que en copia lucen reservadas, en particular la de fs. 32 referida al lapso que va del 31/05/02 al 05/09/02. ----------

----A ello cabe agregar que, a pesar de la falta de contestación de demanda, tuvo oportunidad de ser oída al respecto al contestar el traslado que le fuera conferido a fs. 167 de la liquidación practicada a fs. 165/166, pese a lo cual nada manifestó en tal sentido en su escrito de fs. 178 pues sólo expresó al segundo párrafo del punto I que “ ... no sabe ni se explica porque reclama un 35% más en los salarios a la parte de todos los meses trabajados. No se sabe si reclama por distinto peso, por distinta clasificación de langostino, por errores en la liquidación del sueldo a la parte, en realidad reclama un porcentaje fijo del 35% sin explicar de donde surge, es realmente temerario lo que se contestó.”.----------

---- En síntesis, nada explicitó la demandada en la anterior instancia respecto de períodos en los que el actor no navegó, ni en el momento oportuno por falta de

contestación de demanda, y tampoco con posterioridad al contestar a fs. 178 el traslado conferido. ----------

----Así, resulta evidente que ese dato fáctico traído como argumento de derecho recién ante esta Alzada no fue capítulo propuesto a la decisión del juez de primera instancia, por lo que la prohibición impuesta por el art. 280 de la Ley XIII, Nº 5, Anexo A (art. 277 del C.P.C.C.), de aplicación por remisión del art. 73 de la Ley XIV Nº 1 (art. 76 de la ley 69), veda toda consideración. ----------

----Quedan fuera de la decisión del tribunal de alzada los temas extraños a los escritos de constitución del proceso, aunque se lo introdujere bajo la apariencia de meros argumentos de derecho (CNCiv., sala B, julio 2-975, E.D. 64-514; idem, sala F, junio 22-983, E.D. 105-357). ----------

----Como una manifestación o derivación del principio dispositivo, rige el principio de congruencia, en virtud del cual, debe existir conformidad entre la materia, partes y hechos de una litis incidental o sustantiva y lo resuelto por la decisión jurisdiccional. El principio de congruencia constituye una manifestación del principio dispositivo en sentido material, dado que si el juez no respetara esa conformidad que debe existir entre su fallo, por un lado, y las pretensiones y oposiciones a las mismas, por el otro, estaría incursionando de esta manera en un campo que el ordenamiento jurídico ha reservado exclusivamente a la voluntad de los particulares, cual es la disposición de los derechos materiales o de fondo; igual conclusión cabe inferirse en caso de que sea un tribunal de alzada. Señala Fassi que los poderes del tribunal de apelación tiene como límite máximo los capítulos propuestos a la decisión del juez de primera instancia, salvo el surgimiento de cuestiones referentes a intereses y daños y perjuicios u otras cuestiones derivadas de hechos posteriores a la sentencia de primera instancia (Loutayf Ranea, “El recurso ordinario de apelación en el proceso civil”, Astrea, 1989, vol. 1, par. 37 y 60, págs. 115 y 165/166, respectivamente). ----------

----Es que, al modo en que se constituyó la relación procesal debe atenerse el juzgador en esta segunda instancia, ya que la primera limitación a que se encuentran sometidos los tribunales de Alzada viene dada por la relación procesal trabada en el grado inicial, cuyo respeto se ve impuesto por el principio de congruencia, que también rige en la instancia apelatoria (art. 34, inc. 4°, de la Ley XIII Nº 5, Anexo A, antes del C.P.C.C.). ---

----Por ello, en virtud de las limitaciones impuestas por los arts. 274 y 280 de la Ley XIII Nº 5, Anexo A (arts. 271 y 277 del C.P.C.C.) no puede el tribunal apartarse de las pretensiones y oposiciones y las cuestiones introducidas oportunamente por las partes y sometidas a decisión del juez de la anterior instancia. ----------

----Por un lado se encuentra limitado, siguiendo la terminología del artículo 271 del Código Procesal, por las pretensiones y oposiciones y las cuestiones de hecho y de derecho sometidas al juez de primera instancia; y por el otro, por lo que haya sido materia de agravios. Se tratan de limitaciones que se producen por la actitud de los propios litigantes. Si el tribunal de alzada no respeta tales limitaciones y se pronuncia

más allá de lo permitido, la sentencia respectiva resulta incongruente, y vulnera las garantías constitucionales de la defensa en juicio y del derecho de propiedad (Loutayf Ranea, obra y tomo citado, par. 29, pág. 76).----------

----Como lo destaca Palacio, la regla general que consagra la norma (art. 277 del C.P.C.C.) es coherente con la naturaleza jurídica de la apelación, que no configura un nuevo juicio en el que sea admisible la deducción de pretensiones o de oposiciones ajenas a las que fueran objeto de debate en la instancia precedente (Loutayf Ranea, obra y tomo citado, par. 60, pág. 166).----------

----Es criterio sentado por esta sala “B” en reiterados pronunciamientos, a los que cabe agregar al citado por el vocal que me precede en la votación, más recientemente en c. 593/09, S.D.L. 110/09, y c. 28/10, S.D.L. 05/10. ----------

----A continuación sostiene la apelante que el art. 28 del C.C.T. homologado por Resolución Nº 65/2000 de la (Sub)Secretaría de Trabajo de la Provincia del Chubut dispone que los tripulantes cuando salgan a navegar tienen un sueldo garantizado, que se establece en el salario básico, incrementado en un 50%, pero que el mismo queda absorbido por el importe que pueda corresponder al tripulante de acuerdo a las partes que le pudieran corresponder de acuerdo a lo establecido en el presente convenio. En ese marco, la quejosa considera que de los recibos de haberes acompañados surge que en los meses de abril y mayo de 2002 el actor percibió el sueldo garantizado por lo que nunca podría existir diferencias salariales respecto de dicho sueldo.----------

----Al respecto, nuevamente se advierte que se introduce una defensa que no fue cuestión sometida a la consideración del Sr. Juez de la anterior instancia, ni siquiera en la oportunidad de presentar el escrito de fs. 178, por lo que me remito a los fundamentos expuestos en tal sentido en forma precedente.----------

----Agrego desde esa perspectiva que en cuanto se supera este marco de operatividad se produce el quebrantamiento del principio de congruencia. Dicho de otro modo, se lo infringe cuando el fallo recae sobre puntos no sometidos al juez de primera instancia, planteados recién en la expresión de agravios (Azpelicueta-Tessone, “La Alzada. Poderes y deberes”, Librería Editora Platense S.R.L., 1993, págs. 176/177).----------

----Formula queja también por haberse concedido diferencias salariales por el mes de agosto de 2002 al aplicar el porcentaje del 35% sobre la suma de $2.754,25.- que totaliza el recibo, cuando en el mismo sólo se liquida como producción el importe de $783, 88.-, por lo que se aplicó un determinado porcentaje sobre rubros que nada tienen que ver con la producción y que corresponden a la liquidación final. Agrega que en ese recibo del mes de agosto de 2002 se abonó la suma de $1.078,01.- a cuenta de futuros aumentos, por lo cual no solo no existió diferencia salarial a favor del actor sino que se le abonó de más el importe de $803,65.----------

----Nuevamente se observa que la queja desarrolla una defensa que no fue cuestión introducida en la anterior instancia. ----------

----Es más, la demandada tuvo la oportunidad de impugnar la liquidación practicada a

fs. 165/166 al contestar a fs. 178 el traslado conferido a fs. 167 y no lo hizo, pues en dicha pieza se circunscribió a señalar de modo genérico que el accionante no explica por qué reclama un 35% más en los salarios a la parte. Se advierte entonces que esa parte al menos debió expresarse en esa etapa del proceso previa al dictado de sentencia acerca de los rubros que componían los recibos, alcance de los mismos, y en su caso efectuar los cálculos correspondientes. ----------

----En consecuencia, la prohibición impuesta por el art. 280 de la Ley XIII Nº 5, Anexo A, (art. 277 del C.P.C.C.) veda toda consideración sobre las cuestiones antes individualizadas que no fueron introducidas en la anterior instancia, y ello conduce a la deserción parcial del recurso por insuficiencia técnica del primer agravio vertido (arts. 269 y 270, Anexo A, Ley XIII – Nº 5, arts. 265 y 266 del C.P.C.C.). ----------

----4. Como segundo agravio la demandada apelante sostiene que los francos compensatorios se liquidan por cada día efectivamente navegado, y que en el período reclamado no pudo tener más de 3 días navegado por lo cual devengó menos de un franco (0.90). Agrega que el C.C.T. obligaba a la época del reclamo a pagar por cada franco compensatorio la suma de $19,40.-, y también que toda supuesta diferencia de pago correspondiente a francos debe ser múltiplo de $19,20.----------

----En lo que hace a la manifestación efectuada respecto de los días que estima navegados por el actor, lo cierto es que tal afirmación se contrapone con los períodos embarcados alegados en el escrito de demanda y que, como ya se precisara al punto 3 que antecede, resultaron admitidos por la demandada en virtud del alcance del art. 54 de la Ley XIV Nº 1 (art. 56 de la ley 69), y que además se encuentran corroborados por las constancias de la libreta de embarco que en copia lucen reservadas. ----------

----Por ello, no corresponde en esta instancia ingresar a la cuestión introducida tardíamente en el sentido de que el actor navegó solamente tres días ante la prohibición impuesta por el art. 280 de la Ley XIII Nº 5, Anexo A (art. 277 del C.P.C.C.).----------

----Sobre el importe que se cuestiona debe señalarse que el juzgador a fs. 200 vta. ponderó el detalle efectuado por el actor, la documental aportada, y particularmente el alcance atribuido al silencio de la demandada. ----------

----Y si bien el fallo en crisis estableció la cuantía económica del rubro tomando por error los días calculados por el actor (281,70.- , p. III.1.), en lugar de multiplicarlos por el importe de cada franco compensatorio ($19,20.-, p. III2., fs. 3), lo cierto es que el perjuicio ocasionado al actor no puede servir de sustento a un agravio de su contraria.--

----Sabido es que el interés que justifica la apelación surge del *agravio o gravamen* que la resolución recaída ocasiona a la parte recurrente. El *agravio* es el perjuicio que la resolución causa al recurrente; y la existencia de este agravio y la posibilidad de su reparación a través del recurso de apelación es lo que determina el *interés* del apelante en ese recurso. Todo agravio para que justifique el recurso de apelación debe ser personal del recurrente (Loutayf Ranea, obra y tomo citado, par. 68 y 72, págs. 196 y 201, respectivamente). ----------

----Tales razones conducen a la deserción parcial del recurso en este tramo de la queja referido al segundo agravio. ----------

----5. Para finalizar sostiene la demandada apelante en cuanto a la diferencia del primer sueldo anual complementario 2002 que es pacífica y uniforme la doctrina y la jurisprudencia en cuanto a que jamás puede determinarse una diferencia salarial respecto de una suma que no se ha percibido, como en el caso del salario de enero de 2002. ----------

----En tal sentido, ese rubro de condena asciende a $1.148,67.- y para ello el sentenciante consideró el monto indicado por el actor al p. 3.2. de la liquidación de fs. 165/166. ----------

----Sin embargo, es de considerar que el trabajador no efectuó reclamo por diferencias adeudadas por salario a la parte para el mes de enero de 2002, pues el mismo comprende el período de febrero de 2002 a agosto de 2002, conforme surge claramente de los cálculos obrantes al punto 3.1. de fs. 165 vta. ----------

----En tales condiciones, mal podía adicionar al sueldo correspondiente al mes de enero de 2002 que asciende a $4.792,34.- un 35% por diferencias adeudas por salario a la parte cuando por ese mes nada reclamó por tal concepto.----------

----Por eso, tomando como mejor remuneración la del mes de enero de 2002 la misma asciende a $4.792,34.- (recibo en copia certificada obrante a fs. 5 de la documental reservada), por lo que el 1er. S.A.C. año 2002 asciende a $2.396,17.- y la empleadora abonó $2.396,47.- (recibo en copia de fs. 3 de la documentación reservada).----------

----Y desde que el cálculo del primer aguinaldo de 2002 efectuado por el actor incluye un porcentaje del 35% por diferencia del salario a la parte sobre el sueldo de enero de 2002 que no fue objeto de reclamo, le asiste razón a la demandada por lo que debe excluirse del monto de condena la diferencia de $1.148,67.- ----------

----6. Resta por considerar los agravios vertidos por el actor apelante a los puntos 1.3., 1.4. y 1.5. con relación a las indemnizaciones previstas por los arts. 43 y 45 de la ley 25.345 e incrementos de los arts. 1 y 2 de la ley 25.323. ----------

----6.1. Respecto de la indemnización contemplada por el art. 43 de la ley 25.345 manifiesta la parte que se reclamó la misma otorgándosele el plazo de 30 días corridos contados a partir de que se notificara la misma. ----------

----Sobre tal pretensión el juzgador señaló a fs. 200 vta. que no resulta procedente ***en razón de que el actor no dio cumplimiento a lo normado por el Decreto 146/01 de intimar previamente a su empleadora para que en el plazo de treinta días corridos integre los fondos destinados a la seguridad social***.----------

----Ello permite precisar que el razonamiento se centró en la necesidad del requerimiento previo por lo que el mismo no puede ser sustituido por la notificación de demanda. ----------

----Y ese fundamento que resultó dirimente para dilucidar la cuestión no fue objeto de embate alguno por el quejoso pues se limitó a remitirse a las consideraciones

efectuadas al art. 45 de la ley 25.345 que están referidas a que la documental de fs. 177/vta. " ... no reúne los requisitos previstos en el apartado 3 del Art. 80 LCT ...", por lo que no hay agravio que atender. ----------

----En ausencia de fundamentos específicamente referidos a las consideraciones determinantes de la sentencia adversa a las pretensiones del recurrente, no hay agravio que atender en la alzada. Para tener por satisfechos los fines legales de la expresión de agravios, deben concretarse punto por punto, los errores fundamentales que se atribuyen en la aplicación del derecho, o en su caso en la apreciación de los hechos y su prueba, bajo riesgo de que se tenga por consentida toda decisión no objetada. Si lo que ocurre es que se prescinde de la argumentación básica que respalda la sentencia, o si el recurrente no refuta las conclusiones del juez de grado, sino que desarrolla en forma paralela un análisis propio de la causa para arribar a una personal conclusión, distinta de la del fallo, sin detenerse a puntualizar la crítica del mismo, sino limitándose a manifestar su disidencia, corresponde declarar desierto el recurso interpuesto (Morello, Sosa y Berizonce, "Códigos procesales ...", Librería Editora Platense – Abeledo-Perrot, 1988, T. III, págs. 360, punto e, 370, y 371, respectivamente, y cita de pronunciamientos). ----------

----Tales consideraciones conducen a la deserción parcial del recurso por deficiencia técnica de los agravios en este tramo de la queja. ----------

----6.2. Tocante a las indemnizaciones previstas por los arts. 1 y 2 de la ley 25.323 el apelante admite que "... no han sido reclamadas en autos ..." lo que así resulta de la lectura del escrito de demanda (ver p. III, fs. 6/vta.). ----------

----En tales condiciones, no corresponde ingresar al tratamiento de la cuestión planteada a fin de la fijación de un plazo para que la demandada cumplimente esta obligación pues la prohibición impuesta por el art. 280 de la Ley XIII Nº 5, Anexo A (art. 277 del C.P.C.C.), impide toda consideración desde que no fue capítulo propuesto a la decisión del juez de primera instancia, y ello determina la deserción parcial del recurso.

----6.3. Por último, sobre el rechazo de la indemnización prevista por el art. 80, último párrafo, agregado por el art. 45 de la ley 25.345, el actor apelante formula diversas consideraciones vinculadas a que la documental de fs. 177/vta. no reúne los recaudos previstos por el art. 80 de la L.C.T. ----------

----Y si bien el juzgador a fs. 200 vta. no hizo lugar al reclamo por entender que se acompañó el certificado de servicios y remuneraciones, aun cuando no se comparta ese criterio existe un fundamento distinto que lleva a confirmar el decisorio impugnado 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. ----------

----En virtud del recurso de apelación, el tribunal de alzada asume la plenitud de jurisdicción sobre aquellos puntos que han sido objeto de apelación; es decir, sus facultades para decidir la cuestión son tan amplias como las que tenía el tribunal en grado (Loutayf Ranea, obra y tomo citado, par. 28, pág. 76).----------

----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 tienen 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 por el juez de primera instancia (Morello, Sosa y Berizonce, obra y tomo citado, págs. 420/421, respectivamente, y cita de fallos).

----Así, debe considerarse que el art. 3 del decreto 146/2001 (reglamentario del art. 45 de la ley 25.345, que agrega el último párrafo al art. 80 de la L.C.T.) dispone que el trabajador quedará habilitado para remitir el requerimiento fehaciente al que se hace alusión en el artículo que se reglamenta cuando el empleador no entregara las constancias o certificados previstos por el art. 80 de la L.C.T. dentro de los 30 días corridos de extinguido el contrato de trabajo. ----------

----Ello significa que la indemnización especial procede cuando el trabajador formule el requerimiento hábil para generar ese derecho una vez transcurrido el plazo de 30 días corridos a partir de la extinción del vínculo.----------

----Y ese requerimiento debe ser previo a la instancia judicial por lo que no puede suplirse con la notificación de la demanda.----------

----La intimación prevista por el art. 80, último párrafo, agregado por el art. 45 de la ley 25.345, a cursarse una vez transcurrido el plazo de 30 días de la extinción del vínculo (art. 3 del decreto reglamentario 146/2001) debe ser previo a la instancia judicial (doctrina sentada por el S.T.J., en autos “F., N. c/P. S. I. S.A. s/Cobro de pesos – Laboral”, 19/10/2006, S.R.E. N° 15/2006), pues el mismo no puede suplirse por la interposición de la demanda y su traslado a la contraria, ni por la instancia administrativa (del voto del Dr. Pasutti). La procedencia de la indemnización opera cuando el trabajador intime no sólo en el tiempo al que hace referencia el decreto reglamentario sino que se efectivice por vía extrajudicial de modo fehaciente y en términos precisos que no conduzcan a confusión respecto al rubro que se pretende reclamar (del voto del Dr. Caneo). ----------

----Es criterio seguido por esta sala “B”, c. 22.587, S.D.L. 23/2008, c. 98/2008, S.D.L. 14/2009, c. 269/08, S.D.L. 47/09, c. 460/09, S.D.L. 90/09, c. 551/09, S.D.L. 98/09, c. 16/10, S.D.L. 06/10.----------

----En tales condiciones, de las constancias arrimadas a la causa no surge que el actor intimara a su empleadora en tiempo oportuno, esto es, con carácter previo a promover la demanda.----------

----Por ello, al no cumplirse el presupuesto requerido para la procedencia de la

indemnización prevista por el último párrafo del art. 80 de la L.C.T. se desestima el agravio.----------

----7. En consecuencia, también propicio al Acuerdo revocar parcialmente la sentencia venida en apelación para disminuir el capital de condena a la suma total de pesos $8.410,18.-, con más los intereses establecidos en la anterior instancia, confirmando la misma en todo lo demás que fuera materia de agravios. ----------

----La revocatoria que se propicia lleva a adecuar las costas de primera instancia conforme lo previsto por el art. 282 de la Ley XIII Nº 5, Anexo A (art. 279 del C.P.C.C.).-

----Al respecto, aun cuando el análisis debe partir de un enfoque global del pleito, corresponde particularmente considerar que el fallo en crisis impuso las costas íntegramente a la demandada, aspecto que no fuera objeto de concreto agravio, por lo que cabe ponderar que de los cinco rubros de condena se desestima en esta instancia uno de ellos, el correspondiente a diferencias sobre el sueldo anual complementario, primer semestre año 2002, por lo que estimo prudente imponer las costas de primera instancia en un 85% a cargo de la demandada y en un 15% a cargo del actor, por ajustarse así en forma proporcional y adecuada al resultado de la litis en función de la condena impuesta (arts. 57 de la Ley XIV Nº 1 y 72 de la Ley XIII Nº 5, Anexo A; antes arts. 59 de la ley 69 y 71 del C.P.C.C.). ----------

----En lo que hace a los honorarios regulados, desde que fueron establecidos en forma porcentual, atendiendo a la extensión, eficacia, y resultado obtenido estimo prudente mantener los mismos por resultar adecuados a la labor cumplida por los profesionales actuantes en la anterior instancia (arts. 5, 6, 8, 18, 36, 38, y 46 de la Ley XIII Nº 4; antes arts. 6, 7, 9, 19, 37, 39, y 47 de la ley 2.200).----------

----El progreso de uno de los tres agravios traídos a consideración por la demandada apelante y el fracaso de los vertidos por el actor, sea por la declaración de deserción o por su desestimación, permiten delinear un vencimiento parcial y mutuo que conduce a distribuir las costas de Alzada en un 70% al actor y en un 30% a la demandada, por responder así a las porciones de éxito parcial y fracaso obtenidos por los apelantes en esta instancia (art. 72 de la Ley XIII Nº 5, Anexo A, antes art. 71 del C.P.C.C.). ----------

----Finalmente, conforme a las pautas apreciativas ya indicadas y lo dispuesto por el art. 13 de la Ley XIII Nº 4 (art. 14 de la ley del arancel), entiendo prudente los honorarios que propicia regular el Dr. De Cunto a favor de los letrados apoderados de las partes actora y demandada, en este último caso en forma conjunta, por las tareas desplegadas en esta instancia, en las sumas porcentuales equivalentes al 4,65% y 3,64%, respectivamente, del monto de condena a establecerse en la etapa de ejecución de sentencia, con más el I.V.A. pertinente. ----------

----Cierro mi intervención y a la primera cuestión voto PARCIALMENTE POR LA AFIRMATIVA.----------

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

----En vista del acuerdo arribado acerca de la cuestión precedente, corresponde por

tanto: I) Revocar parcialmente la sentencia apelada, al sólo efecto de reducir el monto de condena a la suma de **pesos ocho mil cuatrocientos diez con dieciocho centavos ($ 8.410,18)**, confirmándola en todo lo demás que fuera materia de agravios.- ----II) Imponer, por adecuación de la decisión modificada, las costas de primera instancia, en un 85% a la demandada y en un 15% a la actora, manteniendo los honorarios regulados en la instancia de grado.----------

----III) Imponer las costas de esta instancia en un 70% al actor y en un 30% a la demandada.----------

----IV) Regular, por las tareas desarrolladas en esta sede, los honorarios de los Dres. L. C. B. y P. A. S., en conjunto, en un 3,64%, y los del Dr. R. J. C. en un 4,65%; en ambos casos sobre el total de condena y con más el IVA correspondiente.----------

----Así lo voto.- ----------

---- **A LA SEGUNDA CUESTION** el Dr. Vergara dijo: ----------

----El pronunciamiento que corresponde dictar es el propuesto por el Dr. De Cunto, expresión de la decisión del Cuerpo que se ha formado con la anterior votación. ----------

----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. Sergio Rubén Lucero (Art. 7º Ley V Nº 17; antes 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:----------

---- REVOCAR PARCIALMENTE la sentencia apelada, al sólo efecto de reducir el monto de condena a la suma de **pesos ocho mil cuatrocientos diez con dieciocho centavos ($ 8.410,18)**, confirmándola en todo lo demás que fuera materia de agravios.- ----IMPONER, POR ADECUACION de la decisión modificada, las costas de primera instancia, en un 85% a la demandada y en un 15% a la actora, manteniendo los honorarios regulados en la instancia de grado.----------

----IMPONER las costas de esta instancia en un 70% al actor y en un 30% a la demandada.----------

----REGULAR, por las tareas desarrolladas en esta sede, los honorarios de los Dres. L. C. B. y P. A. S. en conjunto, en un 3,64%, y los del Dr. R. J. C. en un 4,65%; en ambos casos sobre el total de condena y con más el IVA correspondiente.----------

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

----REGISTRADA BAJO EL N°_____DEL AÑO 2010 – SDL – CONSTE.----------

VILMA NOEMÍ BIRRI
SECRETARIA