En la ciudad de Puerto Madryn, a los días de mayo - del año dos mil once, se reúne la Excma. de la Cámara de Apelaciones, con la Presidencia del Sr. Juez de Cámara Dr. Mario Luis Vivas y la asistencia de la Sra. Jueza de Cámara María Inés de Villafañe y para celebrar acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **"C., A. M. c/ C. S.A. s/ Cobro de Pesos. Laboral" Expte. Nº 200 Año 2010 CAPM)** venidos del Juzgado Laboral N° 1 (**Expte. N° 328/2005)**, en apelación. Los Sres. Magistrados resolvieron plantear las siguientes cuestiones: **PRIMERA:** ¿Se ajusta a derecho la sentencia apelada? **SEGUNDA:** ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar? y expedirse en orden al sorteo practicado a fs 492.

A LA PRIMERA CUESTIÓN la Sra. Jueza de Cámara María Inés de Villafañe dijo:

1.

La sentencia de primera instancia hizo lugar a la demanda y condenó a C. A. D. P. S.A. a abonar a A. M. C., previo los descuentos legales que correspondan, dentro del quinto día y mediante depósito judicial en autos, la suma de Pesos cuarenta y ocho mil doscientos veintidós ($48.222), con más los intereses. Impuso las costas a la demandada y regulo honorarios.
Indicó la Sra. Jueza que en los términos en los que quedara trabada la litis, corría la parte actora con la carga procesal de acreditar la injuria impeditiva del vínculo que alega provocó el distracto. (art. 381 C.P.C.C. 242 y 246 L.C.T.. Luego de ello marcó cuales fueron a su criterio las deficiencias en materia probatoria y las contradicciones entre las afirmaciones de las partes y las constancias documentales aportadas. Admitió que negados los salarios a órdenes y el embarque, tuvo razón el actor para disponer la ruptura del vínculo laboral y como consecuencia de ello admitió las

indemnizaciones derivadas del despido, considerando la antigüedad computable en catorce años.

Al fijar la base indemnizatoria, aludió a la aplicación del art.245 de la LCT por derivación del art. 55 del CCT 356/03 aplicable a la relación laboral en crisis. En cuanto a la mejor remuneración mensual normal y habitual señaló que, dadas las circunstancias del caso concreto, debía tomarse el sueldo a órdenes para la categoría del actor de $ 1.200 admitiendo el adicional por rescisión del contrato sobre el mismo salario sin considerar el SAC.

Por su lado, admitió el agravamiento previsto por el art.2 de la ley 25.323; la multa del art. 4to. de la ley 25.972, admitiendo para el 80% de agravamiento sobre las indemnizaciones por la antigüedad y adicional por rescisión derivadas y la multa prevista por el art. 45 de la ley 25.345 por resultar el depósito ante la Subsecretaría de Trabajo extemporáneo, desestimó la expedición de nuevas certificaciones por no haber sido objeto de reclamo. Sobre tales argumentos decidió que la demanda prosperaba por los siguientes rubros y conceptos: a) indemnización por antigüedad y considerando catorce períodos $ 16.800; b) adicional por rescisión del contrato $ 2.400; c) salarios a órdenes desde el 19/07 a la fecha del despido el 02/08: $ 462 ; d) indemnización art. 2 ley 25.323 (50% de a y b): $ 9.600; e) multa art. 4 ley 25.972 (80% de a y b): $ 15.360 y f) multa art. 45 ley 25.345: $ 3.600, lo que hace un total de $ 48.222 con más los intereses que allí dispone.

La sentencia fue apelada por la demandada a fs.446 y por la actora a fs.448.

La actora presentó el memorial de agravios a fs.450/451 vta con réplica a fs.468 /471.

La demandada fundó su apelación con informe agregado a fs 453/ 460, el que fue contestado por la contraria a fs 462/467vta.

2. <u>Los agravios de la actora:</u>

Luego de sostener los argumentos de la sentencia que admite las razones de C. para colocarse en situación de despido, centra sus agravios en el salario que fija la señora jueza como base de cálculo para las indemnizaciones derivadas del despido y las multas reconocidas. A su criterio la mejor remuneración fue la percibida al momento de acordar el permiso de licencia sin goce de haberes, que fue la de mayo de 2004 que alcanzó la suma de $ 11.456,50, por lo que debe recalcularse la liquidación.

Señala en su queja en que consiste la mejor remuneración y que en el caso que las partes hayan suspendido los efectos de la relación laboral y luego se reanuda, renacen todos los derechos y obligaciones de las partes y el tiempo en que se mantuvo suspendida no debe calcularse para determinar cual fue la última remuneración devengada por el actor, contando como último año el efectivamente prestado a la empresa y así determinar la remuneración conforme el art.245 y el artículo 9 2do. párrafo de la LCT. Afirma que determinar la indemnización sobre la base del salario a órdenes es arbitrario dado que viola la normativa citada ya que el concepto sueldo abarca la totalidad de las retribuciones debidas al trabajador por los servicios que presta al principal y tales características no lo tiene el salario a ordenes que es un salario básico incrementado. Considera que teniendo en cuenta el art 9 de la LCT pudo haberlo fijado de acuerdo al salario por los francos compensatorios abonados al actor en el mes de diciembre por la suma de $ 1840, ya que el franco compensatorio tiene como base una remuneración integral con lo cual su cálculo es más cercana a lo fijado por el art. 245 y se encuentra dentro del último año de servicio.

En su réplica la empresa demandada, reseña que el art. 245 de la LCT resulta inaplicable para la gente de mar pues está comprendida en el CCT 370/71 que establece en su artículo 9, una forma de cálculo para el despido incausado y que se remite al 245 de la LCT, sólo al efecto de adoptar de la misma el tope indemnizatorio. Argumenta sobre ello y concluye que es tan

improcedente el requerimiento de la actora que se liquide conforme el art. 245 y sin tope indemnizatorio, como que se adopte como base de cálculo una remuneración que no fue devengada durante el último año o durante el tiempo de prestación de servicios si este fuera menor. Luego señala que decidido que fue otorgar una reparación por despido indirecto en el marco de la LCT, el importe que devengó es el salario a órdenes, que es el que tiene naturaleza salarial y que no se comprende la referencia a los arts. 216/217 cuando no esta en discusión la antigüedad.

3. <u>Los agravios de la demandada:</u>

a) Se agravia C. S.A. que la Sra. Jueza haya tenido por acreditada la injuria como antecedente del despido incausado. A esos fines señala: que la duración de la licencia sin goce de sueldo fue establecida al contestar la demanda; que en ningún momento la demandada afirmó que el actor habría gozado vacaciones y francos compensatorios acumulados entre el 16/11 y el 29/11 del año 2004 sino que requeridos por el actor, se le liquidaron sin que nada indique que durante el tiempo que hubiera correspondido a esas licencias se suspendiera la que venía gozando sin goce de haberes, teniendo presente que durante el mes de noviembre C. laboraba en la firma A. S.A.; cuestiona que se haya tenido por cierto que su mandante haya dispuesto que el actor gozara de los francos compensatorios a partir del desconocimiento general que efectúa C., cuando era obligación expedirse en los términos del art 360 inc.1ero por aplicación del art.362 del CPCC y que además no se tuvo en cuenta la manda del art.1031 del CC. Por otro lado cuestiona que el tema a resolver era si al actor le asistía el derecho de considerarse en situación de despido a tenor de la causa esgrimida en su telegrama de fecha 2 de agosto de 2005 y para ello debió considerarse que en la fecha en la que C. dijo encontrarse a órdenes mantenía su relación laboral con A. S.A. y que los buques afectados a la captura de langostinos se

encontraban afectados a la veda biológica. Que esos hechos ponen de manifiesto la mala fe del actor al remitir su telegrama en fecha 19 de julio de 2005 y en el del 29 de julio de 2005 y que esas comunicaciones junto al informe de fs.120 es la prueba que debió valorar la señora jueza para resolver la injuria; que tal valoración le hubiera permitido tener por acreditado que cuando el actor dice poner su fuerza de trabajo a disposición de la empresa apelante, en realidad continuaba laborando para otro empleador y que como éste informó a julio de 2005, existía veda biológica. Señala que esta última circunstancia se acreditó con la pericial contable.

b) Sin perjuicio de la improcedencia del despido incausado, señala el apelante que lo agravian los rubros de condena. Para ello argumenta: que se otorga una indemnización por despido incausado contraviniendo las disposiciones de las normas convencionales aplicables (CCT 370/71 y CCT 356/03), refiere que el art.55 del CCT 356/03 claramente dispone que remite al primero de aquellos con las modificaciones en cuanto a los montos indemnizatorios que dispone la LCT y específicamente, a su criterio, a los topes indemnizatorios atribuidos al Ministerio de Trabajo. Señala la diferentes bases de cálculo entre sendas formativas y que ambas coinciden en la limitación de la base indemnizatoria. Indica que el fallo del STJ no declaró inaplicable a la gente de mar el CCT 370/71 y ello porque el casacionista no lo sometió a decisión y que solo se declaró el modo de aplicación del art.245 LCT respecto de las remuneraciones variables. Por ello insiste que el sueldo de convenio establecido en el art.29 del CCT 356/03 ($653) hasta el tope dispuesto por el art.245 de la LCT es la base que debería adoptarse de entenderse que al actor le asistió el derecho a considerarse despedido; en cuanto al adicional por rescisión de contrato de ajuste y que no depende de la remuneración mejor, normal y habitual debe determinarse conforme el art.9 del CCT 370/71. Insiste en que no resultan aplicables los conceptos previstos por el art.245 y 232 de la LCT y en

consecuencia tampoco lo es la integración del mes despido que acuerda el art.233 de la LCT.

En cuanto al agravamiento indemnizatorio dispuesto por el art. 2do de la ley 25.323 dice que es improcedente en tanto ésta norma está prevista a las indemnizaciones por despido del régimen general y no a las consecuencias derivadas de los estatutos particulares. Ni el preaviso ni la integración del mes de despido son aplicables a la gente de mar.

En cuanto a la multa prevista por el art. 4to de la ley 25.972, dice que se desatendió el planteo de inconstitucionalidad efectuado al contestar demanda respecto del Decreto PE 2014/04 que amplió el agravamiento del despido más allá de la indemnización por antigüedad, en el caso el adicional por rescisión del contrato.

Se queja de la aplicación de la multa establecida en el art.45 de la ley 23345 (art.80 LCT) por no haberse tenido en cuenta las comunicaciones entre las partes y con ello que el depósito que hizo su mandante en la Subsecretaría de Trabajo respetó los plazos que dispuso el actor en su telegrama del día 25 de octubre de 2005.

Al contestar los agravios, la actora señala que la demandada refuta solo uno de los aspectos considerados por la Sra. Jueza para tener por acreditada la injuria como lo fue la negativa al pago de salarios a órdenes sin que se agraviara respecto de la falta de dación de tareas.

Dice que la parte quejosa no refuta las conclusiones de la jueza y que reitera argumentos expuestos en la demanda sin asumir sus propios actos al contestar el telegrama de C. pidiéndole se aclarara su situación laboral. Agrega que la demandada incorpora en el agravio el argumento de la doble contratación y respecto de los cuales la Alzada no podrá resolver. En definitiva señala que la manifestación de la demandada es un mero disenso y que no cumple con la manda del art.265 del CPCC.

En cuanto a los agravios referidos a los montos de condena, marca la contradicción en que incurre la empresa entre los montos señalados al contestar demanda y los del agravio. Alude a que el tope salarial es inaplicable y así lo han dispuesto precedentes de la CANE, CAPM y el STJCH. Que no existe crítica a los argumentos de la señora jueza en cuanto a los agravamientos que dispone, reiterando presentaciones anteriores.

4.

Luego de culminar la breve relación de los agravios he de proceder a su tratamiento, comenzando por los planteados por la demandada pues refieren a la estimación de la injuria alegada por el trabajador y las consecuencias económicas que de ello derivan.

a) El art. 63 de la LCT impone a las partes la obligación de ajustar su conducta a lo que es propio de un buen empleador y de un buen trabajador, tanto al celebrar, ejecutar o extinguir el contrato o la relación de trabajo. Este obrar de buena fe se materializa al tiempo de la extinción con la carga de comunicar la causa de despido. Así *"el despido por justa causa , dispuesto por el empleador como la denuncia del contrato de trabajo fundada en justa causa que hiciera el trabajador, deberán comunicarse por escrito, con expresión suficientemente clara de los motivos en que funda la ruptura del contrato"*(art 243 LCT). Sabido es que la finalidad de la norma apunta a evitar que, en una posterior acción judicial, se invoque otra/s causas de despido. *."… el art.243 de la L.C.T. como derivación del derecho de defensa en juicio, recepta la obligación de claridad e invariabilidad de la causa de despido o denuncia del contrato de trabajo por el trabajador, predeterminando la materia sobre la que versará, en caso de controversia, la actividad probatoria …"*(CNTjo Sala IX 26-02-2010 B. c/ P. s/ Despido). A ello debe adunarse que la valoración de la importancia y de la aptitud de la injuria laboral para disolver el vínculo queda reservada a los

jueces, facultad que se ejerce prudencialmente teniendo en cuenta las modalidades de la relación, las circunstancias personales que se dan en cada caso y los parámetros de causalidad, proporcionalidad y oportunidad.

El Sr. C. intimó a la empresa demandada a que se abonen los salarios a orden devengados que estima en $ 1200, atento a que el hecho que se le denuncia para no otorgarle el embarque, le es ajeno.

Para fundamentar la primera señaló que los salarios a órdenes encuentran fundamento en el CCT 356/03 aplicable y sus art.48 inc h "*h) El tripulante que usufructuare francos compensatorios por voluntad del armador y que al finalizar el goce de los que tenía acumulados no pueda ser reembarcado por ausencia del buque, tendrá derecho a la percepción de haberes como personal a órdenes, los cuales se le liquidarán según su sueldo básico multiplicado por el coeficiente 1,5 (una coma cinco), hasta el momento de su reembarco"* y el art.64 *"Personal a órdenes. El armador o propietario no podrá mantener a ningún tripulante por decisión empresaria, en situación de "a órdenes" por más de noventa (90) días corridos, salvo que el tripulante diere su expresa conformidad o se permitiera por disposiciones emanadas de la autoridad pesquera y del Ministerio de Trabajo, situaciones en las que se prorrogará esta situación por sucesivos períodos adicionales de treinta (30) días corridos cada uno. Vencido estos plazos el armador deberá optar entre:1. Reembarcar al tripulante o bien,2. Desvincularlo, abonándole las indemnizaciones que pudieran corresponder."*

Se agrega que a esa primera situación -que el tripulante usufructúe francos compensatorios por voluntad del armador, en cuyo caso al finalizar el goce de los mismos, si se encontrare en la imposibilidad de reembarcar por ausencia del buque, tendrá derecho a la percepción de haberes hasta el momento de su reembarco, le sigue una segunda alternativa cual es, que el tripulante por su voluntad usufructúe de los francos compensatorios, a cuya finalización y de encontrarse en la imposibilidad de reembarcar no devengará ningún tipo de remuneraciones hasta su reembarco.

De lo expuesto se desprende uno de los motivos de la queja cual es determinar, si los francos compensatorios fueron por voluntad del armador o a requerimiento personal del tripulante. La Sra. Jueza señaló en su pronunciamiento que C. desconoció la documental original reservada (v fs 92). Ya hemos tenido oportunidad de expedirnos en relación al desconocimiento genérico de la documental y puntualmente a las consecuencias que tiene para quien incumple la manda del art. 360 inc. 1ero del CPCC. " *Liminarmente el desconocimiento de la actora a la documental aportada por la contraria ha sido genérica, sin cumplir a mi criterio con la manda del art.360 inc 1ero del CPCC aplicable al procedimiento laboral que exige una respuesta categórica. Frente al recibo de fs.69 con firma a él atribuida, cuyo original tengo a la vista para este acto, debió en los términos del art. 35 de la Ley XIV N° 1 expedirse sobre la autenticidad de la misma "Todo aquel contra quien se presente en juicio un documento privado que se le atribuya, obligado a declarar si es o no suya la firma"* (CAPM SDL N° 30/10).

Por ello, no se comparte en este aspecto la decisión de la jueza, que da por desconocido el requerimiento de los francos por parte de C.

Por otro lado y en eso acompaño lo señalado por la señora jueza, no puedo dejar de señalar, que es la empresa demandada quien -en el intercambio telegráfico- frente a la manifestación del trabajador de fs.10 de finalización del permiso, que se encontraba a órdenes, solicitó embarque y que se aclarara la situación laboral, no cuestionó en modo alguno la situación a "órdenes".Por el contrario indicó "Ud se encuentra a disposición de la empresa para ser citado una vez finalizada las mismas" refiriéndose a la veda biológica impuesta por las autoridades provinciales.

Es que en definitiva *"Finalizada la licencia sin goce de haberes, por razones personales del trabajador, que se desempeñaba como "marinero de planta", su situación es de "personal a órdenes". Queda a disposición del armador en espera que se le asignen nuevas tareas, o se le asigne un buque en el que efectivamente*

habrá de embarcarse. Es decir que vencido el plazo de la licencia, el contrato de ajuste recobra todos sus efectos, estando nuevamente vigente la puesta a disposición de la capacidad de trabajo a favor del empleador."(CNAT Sala VII Expte N° 19314/06 sent. 40767 27/3/08 « Trabichet, Fernando c/ Pescargen SA s/ despido).

Por ello, la conducta asumida por la empresa que guardó silencio a pesar que era carga para el empleador explicarse (art. 57 de la L.C.T.), respecto a la situación a órdenes y que en definitiva no abonó los salarios devengados en tal carácter, me autoriza a concluir que el actor, al momento de solicitar el embarque, estaba en condiciones de reclamar los mismos. *"El "salario a órdenes" no es más que la remuneración correspondiente al personal navegante que queda a disposición del respectivo armador una vez cumplidos los períodos de licencia, francos compensatorios y vacaciones, etc., y no puede ser reembarcado por cualquier circunstancia no imputable al tripulante, por lo que obra como una contraprestación por la puesta a disposición de la fuerza de trabajo no realizada* "(conf. CNTrab., Sala V,: "Montoya, Napoleón G. C/ YPF" 8-9-86).

Resta resolver si la demandada acreditó la causa invocada para diferir el embarque y esto ha sido la decisión administrativa que decretó la veda biológica.

En este aspecto de la queja, propongo al acuerdo la desestimación del agravio.

La señora jueza dijo al resolver "*Llegado este punto, entiendo que la demandada también ha equivocado el planteo y la prueba ofrecida. Es que la actora no discute que para la época de los hechos se hubiese decretado veda biológica; sostiene al respecto, que aún con veda biológica la empresa debía haberes a la orden. ... Por ello y teniendo en cuenta que nos encontramos ante una típica relación dependiente en la que el trabajador no es socio de la empresa, claro resulta que los riesgos empresarios como la existencia de vedas –que por otra resultan, en la mayoría de los casos, cíclicas- deben ser soportadas por el empleador, máxime cuando no se han*

invocado extremos que justifiquen la suspensión por causas económicas (conf. art. 56 c.c.t.).”

Insistirá la parte demandada en que se acreditó la existencia de veda biológica y ello como señaló la jueza, no fue negado por la actora. Lo que fue objeto de contradicción es que, no obstante la veda biológica, la empresa pudo haber despachado algún barco y que aún sino lo hubiera hecho, tal situación tampoco afectaría al actor debido que el caso de fuerza mayor por la disminución de trabajo esta prevista en el convenio colectivo (art.56) y que no fue comunicada al actor.

El art. 56 del CCT 356/03 dice *“Suspensión por causas económicas. Las suspensiones debidas a falta o disminución de trabajo no imputables al armador o propietario así como a reparaciones por causas de fuerza mayor debidamente comprobadas, podrán extenderse hasta un máximo de setenta y cinco (75) días en el término de un año contado desde el comienzo de la primera suspensión, cualquiera fuere la causa de ésta. Deberá comenzarse por el personal menos antiguo dentro de cada categoría, respecto del personal ingresado en el mismo semestre calendario; se respetará al más antiguo y al que tuviere más cargas de familia, aunque su fecha de ingreso dentro del semestre fuere posterior”***.**

En definitiva, la quejosa no se hace cargo del argumento dirimente de la jueza, esto es, no se acreditó en autos que la empresa haya suspendido personal por causa de la veda biológica, que la veda impidiera el despacho de buques y menos aún que el actor se encontrara inhabilitado para embarcar en cualesquiera fuera el buque despachado (para ello me remito a lo testimoniado a fs.307/308).

No demostrado el yerro en el que incurre la señora jueza en su argumentación, deberá desestimarse el agravio en esta parte del recurso.

Por lo que se viene de exponer, se han acreditado las causales rescisorias invocadas por el actor en la comunicación telegráfica y con ello los incumplimientos de la demandada, que justificaron la situación de despido

indirecto en el que se colocó el Sr. C., por lo cual las quejas de la demandada deben desestimarse.

b) Corresponde ingresar a los agravios en orden a los rubros indemnizatorios derivados del despido indirecto:

Normativa aplicable:

Considera la apelante que el cálculo de la indemnización debe ajustarse a la disposición contenida en el artículo 9 del C.C.T. 370/71. Sostiene que ese punto 9 acuerda una indemnización tarifada por lo que la base de cálculo de la indemnización por despido incausado según esa norma convencional no es la remuneración mensual, normal y habitual, y esa es la postura ya asumida al contestar demanda.

La Señora jueza al tiempo de resolver, se hizo cargo de esos argumentos y no se advierte en la fundamentación de los agravios, critica razonada alguna que aluda a sus fundamentos, bases y sustanciaciones del recurso y que trasunte 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). Ya hemos señalado -reiterando lo que sostiene profusa jurisprudencia- 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..."(cfme, entre otros CNCiv Sala A 19/8/91 LL 1992-A-487, N° 42) (CAPM entre otras, SDL N° 20/10).

Examinados los fundamentos , el apelante reitera las mismas apreciaciones que hizo en la contestación de demanda.

La Dra. P. al desarrollar la base de cálculo de aquellas, refuta los argumentos que sostuvo la demandada al contestar la demanda. Así en el fallo justifica la aplicación del art. 245 de la LCT por la remisión del art. 55 del CCT 356/03 aplicable a la actividad desarrollada por el Sr. C.; fija la mejor remuneración normal, mensual y habitual ($ 1.200) como base de los rubros admitidos; señala los motivos por los cuales no establece el tope previsto en la norma del 245 LCT y se expide sobre la pertinencia de admitir los agravamientos indemnizatorios previstos por el art. 2do de la ley 25.323 .

Comparto con la Sra. Jueza de grado que en el supuesto planteado en autos, el convenio de aplicación es el citado C.C.T. 356/03. Dicha norma convencional vino a sustituir el anterior convenio de la actividad que en su momento se homologara bajo en N° 307/99 la que, a su vez, antes, había sustituido al homologado bajo N° 155/91. Esto es, si se contempla que el convenio N° 356/03 comenzó a regir a partir de febrero del 2003, las relaciones de trabajo habidas entre las partes indudablemente, se encontraron regidas por dicha norma convencional.

Luego de ello, ante la inexistencia de un tope fijado y publicado por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, autoridad a la cual delega tal función el art. 245 de la L.C.T., corresponderá estar a la base de cálculo a la que remite dicho artículo, consistente en la mejor remuneración mensual, normal y habitual percibida por el trabajador en los términos aludidos en el primer párrafo “in fine” de la norma de cita. Así y ajustado al criterio que estableciera nuestro Superior Tribunal de Justicia de la provincia en autos “R., D. A. c/ I. de A. S.A.” (Conf. S.R.E. N° 16/2006, S.T.J.Ch.), llega en el marco concreto de esta causa(y en lo que fue objeto de agravio del actor) a la suma de $ 1.200.

Agravamiento art. 2do Ley 25.323

En cuanto a la queja por admitir el agravamiento establecido en el art. 2do de la ley 25323, debe señalarse que al tiempo de contestar la demanda la parte no se expidió en concreto sobre tal reclamo, por lo que vedado está a esta Cámara ingresar a su tratamiento en tanto no resultó rubro controvertido.

Conforme el art.280 del CPCC el Tribunal no podrá fallar sobre capítulos no propuestos al juez de primera instancia, esto tiene fundamento en que la función de este tribunal tiene una doble limitación y es la que resulta de la relación procesal trabada y el marco de los cuestionamientos que se exponen en el agravio.*" El límite de la acción está dado por el contenido de los escritos de demanda y contestación, límite que no puede ser soslayado por las partes al expresar agravios. De modo que es extemporáneo el tema no planteado en aquellas ocasiones y que recién se introduce en la pieza recursiva. Al punto que su tratamiento por la Alzada importa la violación por ésta de los artículos 34 inc.4to, 163 6to, 266 y 272 del C Procesal"* (Cam 2° CCy M San Juan 9-3-82 "García c/ Municipalidad del partido de Rivadavia / Daños y Perjuicios).

Multa del art. 4 de la Ley 25.972

La ley 25.820 (BO 4/12/03) extendió la declaración de la emergencia pública en materia social, económica, administrativa, financiera y cambiaria, ello implicó el reconocimiento de la persistencia de la situación que determinó, oportunamente, el dictado del art. 16 de la Ley 25.561 por parte del Poder Legislativo Nacional. La Ley 25.972 (BO 17/12/04) dispuso "prorrogar la suspensión de los despidos sin causa justificada dispuesta por el art. 16 ya citado y sus modificatorias, hasta que la tasa de desocupación elaborada por el INDEC resulte inferior al 10 %", es decir que convalidó tácitamente los decretos del PEN que, con anterioridad, prorrogaron la vigencia del citado artículo 16 (cfme. CNTrab. Sala III, 10/08/07; "ROMERO, RAMÓN C/AQUINO, GLORIA).

Por su lado y en el mismo sentido que la señora jueza de grado, estimo que el dec. 2014/04 no excedió las facultades reglamentarias concedidas a la Administración por la Constitución Nacional sino que ha usufructuado razonablemente la delegación contenida en el art. 4 ley 25972. Así, de la lectura del dispositivo legal surge que se difiere a la decisión del Poder Ejecutivo Nacional no solamente el porcentual de incremento sino también la base sobre la cual el mismo se llevará a cabo. Textualmente expresa "...el porcentaje adicional que fije el PEN, por sobre la indemnización que les corresponda conforme lo establecido en el art. 245 L.C.T....". Se facultó con ello, a fijar un incremento de las reparaciones por despido que debe necesariamente superar a la tarifada del art. 245 citado, pero de ningún modo puede inferirse que limita los "ítems" que podrán ser objeto de ese adicional; por tal motivo, debe considerarse que se cumple con la reglamentación, ya sea fijando un determinado porcentual de aumento como ensanchando el piso sobre el cual debe aplicarse el aumento. Considero, luego de ello que no se han excedido los parámetros exigidos por el art. 99 inc. 2 Constitución Nacional y con esa base debe considerarse comprendida en el incremento, no solo la indemnización por antigüedad sino el adicional por rescisión del contrato. *" Si bien en los considerandos del decreto 2014/04 se enuncia que el recargo indemnizatorio se calculará sobre "la indemnización" en singular, no puede soslayarse que en su parte resolutiva, el Poder Administrador estableció expresamente que el adicional del 80% se aplicará por sobre los montos indemnizatorios que les corresponda percibir a los trabajadores despedidos. A lo que cabe agregar, que el art. 2 en cuestión aclara expresamente que: "A los efectos del cálculo de las sumas referidas en el artículo precedente, el porcentaje adicional comprende todos los rubros indemnizatorios originados con motivo de la extinción del contrato de trabajo". Ello así, permite concluir, que en uso de las facultades otorgadas por el Poder Legislativo, el Poder Ejecutivo Nacional quiso extender la base de cálculo del recargo a todas las indemnizaciones*

generadas por la extinción del vínculo contractual, por lo cual no resulta inconstitucional el decreto 2014/04." (CNTRAB - Sala X - S.D. 15.041 del 26/03/2007 - Expte. Nº 28.318/05 - "Bottini Brian Mauro c/Consolidar AFJP S.A. y otro s/despido" Base elDial.com - AF23E3.

Multa art. 45 Ley 25.345 (art 80 LCT)

La Sra. Jueza admitió la multa señalando que, *frente a la intimación extrajudicial y temporánea (conf. decreto 146/01) del 18/10/2005 (ver fs. 14 y 69) la única defensa de la empresa fue que lo depositó en la Subsecretaría de Trabajo. Ahora bien, conforme se desprende de las fotocopias enviadas por la Subsecretaría de Trabajo (ver fs. 242/50) el depósito en dicho organismo resultó evidentemente extemporáneo, por lo que como dejara expresado, corresponde admitir el rubro".*

Alegó la demandada, al tiempo de contestar la demanda que entregó el certificado de cesación de servicios mediante depósito en la Subsecretaría de Trabajo- Delegación Puerto Madryn, y que las mismas fueron retiradas por el accionante adjuntando copias simples de la actuación administrativa.

A fs.92 el apoderado del actor, reconoce el escrito firmado por el Sr. C. ante la Subsecretaría de Trabajo.

Anticipo que acompañaré la queja de la demandada.

El art. 45 de la Ley 25.345 dispuso "Agrégase como último párrafo del art. 80 de la LCT (t.o. por decreto 390/76) el que sigue: "*Si el empleador no hiciera entrega de la constancia o del certificado previstos respectivamente en los apartados segundo y tercero de este artículo dentro de los dos (2) días hábiles computados a partir del día siguiente a la de la recepción del requerimiento que a tal efecto le formulare el trabajador de modo fehaciente, será sancionado con una indemnización a favor de este último que será equivalente a tres veces la mejor remuneración mensual, normal y habitual percibida por el trabajador durante el último año o durante el tiempo de prestación de servicios, si éste fuera menor. Esta indemnización se devengará sin perjuicio de las sanciones conminatorias que para*

hacer cesar esa conducta omisiva pudiere imponer la autoridad judicial competente."

Surgen entonces dos obligaciones que se diferencian por su objeto:

1) <u>Constancia documentada de pago de cotización</u>: El objeto de esta obligación de dar, es la copia de los comprobantes de depósito de las contribuciones debidas como obligado directo por el empleador y de los aportes y cuotas a cargo del trabajador retenidas por aquél, en cuanto se trate de cotizaciones con destino a la seguridad social o sindical.

2) <u>Certificado de trabajo:</u> Al extinguirse el contrato de trabajo, cualesquiera sea su modo, el empleador debe otorgar al trabajador un certificado de trabajo, conteniendo las indicaciones sobre: el tiempo de prestación de servicios, la naturaleza de éstos, constancia de los sueldos percibidos, constancia de los aportes efectuados con destino a los organismos de la seguridad social y calificación profesional obtenida en el o los puestos de trabajo.

"Se trata, en esencia de una obligación de hacer- ya que lo relevante es la información incluida en el certificado- que nace con la extinción del contrato de trabajo"(Julio Armando Grisolía Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social; Tomo I Pág. 609, Ed. Abeledo Perrot, Bs.As., 2008).

En cuanto al plazo para su cumplimiento el decreto 146/01 -reglamentario del art. 45 de la Ley 25.345- establece definitivamente, el plazo perentorio dentro del cual el empleador, una vez producida la disolución del vínculo laboral por cualquier causa, debe entregar al trabajador los instrumentos a los cuales se refiere el art. 80 de la LCT. Así dispone, que el trabajador está habilitado para remitir el requerimiento fehaciente cuando el empleador no hubiere hecho entrega de las constancias o del certificado previstos en los apartados segundo y tercero del art. 80 de la LCT, dentro de los 30 días corridos de extinguido por cualquier causa, el contrato de trabajo. La mora se produce de pleno derecho pero resulta requisito ineludible para la

procedencia de la sanción el requerimiento previo y fehaciente la entrega de dichos certificados.

Frente a la intimación cursada (telegrama de fs.14) en fecha 18 de octubre de 2005, la empresa comunicó al trabajador (carta documento de fs 9 con fecha de imposición el 20/10/2005), que el certificado de trabajo se encontraba a su disposición en las oficinas centrales del P. I. P. de esta ciudad. *"La de entregar al ex-dependiente tras la extinción del contrato laboral un certificado de trabajo, es una obligación de la empleadora que tiene por lugar de cumplimiento el domicilio del deudor (arg. art. 129 L.C.T.), de modo que concretar el pago de ella requiere la colaboración del acreedor, quien ha de constituirse allí para requerirlo; se trata, en suma, una obligación "querable" (doc. de los arts. 747 y 748 Cód. Civ*)" CAT Sala A SDL (85/09). *Si del intercambio telegráfico entre las partes litigantes surge que la demandada puso a disposición del trabajador los certificados que prevé el art. 80 LCT, éste debe demostrar la no efectiva entrega de aquéllos al momento de concurrir a la empresa para su recepción.-* (CNTRAB - Sala VII Expte nº 4138/02 sent. 36497 28/2/03 "Colosetti, Marcelo c/ Ripoli y Cía SA s/ despido" (RD.- Pasini. Base elDial.com - AL1556).

No se alegó al demandar situación alguna de la que se pueda inferir que el Sr. C. concurrió al lugar de trabajo y se le negó el certificado de trabajo. Advierto que al tiempo de promover la demanda el día 21 de noviembre de 2005 ya había remitido el telegrama de fs.14 de fecha 25 de octubre, requiriendo el depósito de la documentación en la Subsecretaría de Trabajo. La empresa demandada al contestar demanda, alegó que cumplió con el requerimiento mediante su depósito en la Subsecretaría de Trabajo, las que fueron retiradas por el accionante conforme las actuaciones administrativas allí cumplidas.

Vale reiterar aquí, la vigencia del obrar de buena fe de las partes en todas las etapas de la vinculación laboral (art 63 LCT) .

Señaló Ackerman que con la reforma introducida por el art. 45 de la Ley 25.345 al art. 80 LCT, el legislador sumó un instrumento a la lucha contra la evasión fiscal y fortalecer el derecho del trabajador (cfme. Mario Ackerman "La indemnización por incumplimiento de las obligaciones del art. 80 de la ley de contrato de trabajo" DT, año 2001, pág 541), dando prioridad a la regularización de los aportes retenidos y no depositados por sobre la aplicación de la referida sanción (v. Considerandos Dec. 146/2001). Luego de ello y ya en el ámbito laboral, condena al empleador que incumple, con una indemnización a favor del trabajador, pero en modo alguno es objetivo de la norma incrementar el resarcimiento por la extinción del vínculo laboral.

Aún cuando los criterios jurisprudenciales no resultan coincidentes al valorar si la "puesta a disposición" importa o no cumplimiento de la patronal (v. Rodríguez Manzini. Ley de Contrato de Trabajo Tomo II LL págs. 1036/1037) he de considerar- siguiendo los objetivos de la ley- que en autos, la empresa empleadora, ha cumplido con la obligación impuesta.

Ya se señaló, que se puso a disposición la documental y no existe prueba de la concurrencia de C. a la empresa.

El telegrama del 25 de octubre no alegado por su parte y reconocido a fs 92 me permiten concluir que, no obstante haber cumplido fuera del plazo que le otorgaba la ley, la demandada no ha sido remisa en un grado tal, que habilite la procedencia de la sanción pues confeccionó las certificaciones y puso a disposición -tanto en la primera comunicación como luego ante la autoridad administrativa, la documentación que le exige el art. 80 LCT. "*No resulta procedente la indemnización reclamada con base en el art. 45 de la ley 25.345 ya que en el telegrama de despido la empleadora puso a disposición el certificado de trabajo, y ni del escrito de inicio ni de los telegramas se desprende que la actora haya concurrido a retirarlo. Por ello, no se advierte afectada, en el caso, la finalidad tuitiva que subyace en las prescripciones del art. 80 L.C.T., apreciadas*

*éstas con un criterio de razonabilidad y buena fe."(*CNTRAB - Sala VI - S.D. 60.205 del 15/02/2008 - Expte. N° 5.523/2007 "Gamarra Evangelina Liliana c/Tessicot S.A. s/despido" (F.-FM.).Base elDial.com - AL2A74). *"El art. 45 de la ley 25345 sanciona al empleador cuando, intimado fehacientemente respecto de la entrega de los certificados previstos en el art. 80 LCT no la cumpla, en el término de dos días hábiles desde que recibió el requerimiento. Cuando tal documentación fue puesta a disposición del trabajador, no se verifica el incumplimiento requerido por la norma expresada, antes bien, nos hallamos ante el acatamiento al pedido formulado por aquél"* (CNTRAB - Sala VIII sent. del 10/9/03 "Villar, Daniel c/ Seminario Teológico Bautista Asoc. Civil s/ despido". Base elDial.com - AL20A5).

Por estos argumentos, propongo al Acuerdo revocar la sentencia en tanto admitió la multa con fundamento en el art.45 de la ley 25345 y desestimar los restantes agravios de la parte demandada.

5.

Resta por último avocarme al agravio de la actora y que se centra en la remuneración que la señora jueza de la anterior instancia, tomó como base de las indemnizaciones derivadas del despido incausado.

Ya se ha señalado que es ajustado a derecho, la aplicación del art.245 de la LCT para determinar la base de cálculo para la indemnización, esto es la mejor remuneración, mensual, normal y habitual devengada durante el último año de servicio o período menor como en cuanto al tope indemnizatorio correspondiente.

La magistrada señaló en la sentencia "*Ahora bien, en el caso particular de autos, cierto es que en un primer momento por decisión conjunta de las partes –licencia sin goce de sueldo- y luego por decisión del propio trabajador –en cuanto a partir del 25/01/05 siguió embarcando para otras empresas por decisión propia- lo cierto es que durante el año anterior a la fecha del despido (02/08/05) no existe más*

salario devengado que las vacaciones correspondientes al año 2004, los 40 días de francos compensatorios liquidados en el mes de diciembre de 2004 y los haberes a la orden debidos a partir del 19/07. No encuentro dadas estas especiales circunstancias que pueda tomarse la mejor remuneración mensual normal y habitual anterior al año. En tal sentido Fernández Madrid señala que cuando el despido coincide con la finalización de un lapso no remunerado se considera como remuneración base la que el trabajador habría devengado en el momento del cese (básico de convenio o salario de la categoría en la empresa según los casos) (ver Tratado Práctico de Derecho del Trabajo, Ed. La Ley 3era. Edición T. II pág. 1989).Conforme lo hasta aquí expuesto y a falta de otros datos de tomar en cuenta el salario mensual a órdenes que el propio actor invoca $ 1.200 (fs. 12) –teniendo para ello en cuenta que asiste razón a la demandada (ver fs. 379/80) en cuanto a que el informado a fs. 356, es el que corresponde a partir de junio de 2007 y para el básico puerto-. En cambio, para la misma época (junio/07) el básico a órdenes era de $ 1.607,14. Por ello, no resulta muy alejado de la realidad que en la época del despido el sueldo a órdenes para la categoría del actor fuera de $ 1.200. "

Al tiempo de demandar, la actora fijó como mejor remuneración para el cálculo de las indemnizaciones derivadas del despido incausado, la del mes de mayo de 2004 que corresponde- según sus dichos- a $ 10.505,14.

Prescindió allí de valorar que, si la ruptura del vínculo laboral se tornó operativo en fecha 19 de julio de 2005, la referida remuneración quedaba al margen de todo cálculo indemnizatorio. Digo esto para indicar que incorpora en su discurso recursivo, argumentaciones que no fueron puestas a consideración de la señora jueza y por tanto inaudibles en esta instancia, tal como señalara supra. Los alegados efectos de la suspensión de tareas para el cálculo de la mejor remuneración no fueron insinuados en la demanda. "*En principio, ninguna cuestión que no sea materia de impugnación es susceptible de abordarse por la alzada. No basta que la cuestión haya sido propuesta en esta segunda instancia para provocar un juicio sobre el mérito; es necesario que*

esté contenida en los escritos que conforman la relación procesal, o dicho de otro modo, se infringe este principio cuando el fallo recae sobre puntos planteados recién en la expresión de agravios o en el escrito recursivo. Esta directiva se encuentra plasmada en los arts. 266 y 272 del CPCC, con lo que se quiere indicar que esta Alzada se ve impedida de estimar agravios que importan el reemplazo de los sujetos activo y pasivo, la transformación del objeto inmediato o mediato de la pretensión o la alteración de la causa, pues en estas materias la primera instancia tiene efectos preclusivos.(CC Sala 2 LM RSI-25-00 - 22-8-2000)(Base elDial.com - W12F38).

A más de ello, no se advierte crítica razonada a los argumentos por los que la Sra. Jueza y en el caso concreto que resuelve, decidió tomar como base de la remuneración el salario a órdenes denunciado por el mismo actor al reclamar extrajudicialmente a fs.12. Resulta la queja un mero disenso, sin señalar cual es el yerro o el error en el razonamiento expuesto.

Por ello, propongo al Acuerdo desestimar el agravio de la parte actora.

6. Costas:

En orden a como he desarrollado los agravios debo señalar, que la modificación de la sentencia, no justifica que se adecue la imposición de las costas de la primera instancia. Tengo en cuenta para ello, que la parte al tiempo de promover la demanda, no había sido notificada por la Subsecretaría de Trabajo que la certificación prevista por el art.80 LCT habían sido depositada en esa sede.

En cuanto a las costas en esta instancia propongo imponerlas en un 70% a la demandada y en 30% a la actora en orden a los vencimientos mutuos en los planteos recursivos. En cuanto a los honorarios, propongo establecerlos en porcentaje respecto de los regulados en la instancia anterior y considerando el mérito de los trabajos profesionales y el éxito obtenido en un 30 % a cada uno de los profesionales que actuó en esta sede. (art 5 y 13 Ley XIII N° 4)

Voto a la Primera Cuestión **PARCIALMENTE POR LA AFIRMATIVA.**

A LA PRIMERA CUESTIÓN, el Sr. Juez de Cámara Dr. Mario Luis Vivas, dijo:

1.

Mi colega de Sala se ha referido a los antecedentes fácticos que impregnan la presente causa, así como a las quejas de las partes actor apelante, dando cumplimiento con ello a las exigencias formales establecidas en los arts. 165, 166 del C.P.C.C. y 67 de la Ley XIV N° 1 (antes ley 69) en lo pertinente, de manera que abordaré directamente las cuestiones traídas a decisión a esta Alzada.

Por una cuestión de orden, en sentido coincidente con lo expuesto por la Sra. Jueza de primer voto, abordaré en primer lugar el tratamiento de las quejas de la parte demandada.

1.1.

Causa agravio, en primer lugar, al apelante que la pieza decisoria de la otra instancia ha tenido por acreditado el despido indirecto invocado por la actora, pese a entender que quedaron probados los extremos invocados en su responde, respecto de la improcedencia del mismo, en que se colocó el actor.

Comparto la opinión de la Sra. Jueza de primer voto en el sentido que el decisorio en análisis es acertado en orden a que la notificación del actor de fs. 10, en cuanto expresa " "Habiendo finalizado permiso, me encuentro a sus órdenes. Solicito embarque y aclare situación laboral", la empresa, sin expresar objeción alguna al respecto, le hizo saber al actor que se encontraba a disposición de la empleadora.

En ese sentido, el art. 57 LCT es claro al señalar que constituye presunción en contra del empleador su silencio ante la intimación hecha por el trabajador de modo fehaciente, relativa al cumplimiento o incumplimiento derivados de la relación laboral.

En tal sentido se ha señalado que el silencio cabe asimilarlo a la respuesta ambigua, evasiva o inatinente, ya que la intención legislativa descansa en la pretensión de otorgar certeza a las posiciones que las partes asuman en sus respectivas comunicaciones (cfr. RODRÍGUEZ MANCINI, Jorge, "Ley de Contrato de Trabajo", T° II, Ed. La Ley, p. 628). Y en esa línea de ideas la demandada ajustó su conducta al hecho de consentir las expresiones del actor, poniéndole de manifiesto que se encontraba a órdenes.

De tal suerte que el accionante, vista su situación, detentaba el derecho de reclamar salarios en tal concepto.

Comparto los términos sentenciales en el sentido que no se han invocado en autos los extremos previstos por el art. 56 del CCT 356/03 , que transcribiera la Sra. Jueza preopinante. Menos se ha acreditado que como consecuencia de la veda biológica mentada se hubiese suspendido personal.

No puedo soslayar que la demandada, en este punto, incurre en el *venire contra factum* que gobierna la doctrina de los actos propios.

Así se desprende de los términos de su responde, cuando pretende justificarse, luego de haber cursado el despacho telegráfico de fs. 5, que el actor "no podía desconocer la veda biológica" dispuesta en el ámbito provincial y nacional para la actividad langostinera en la cual se desempeñaba, al tiempo que le indicaba que una vez finalizada la misma sería convocado a realizar tareas bajo su dependencia. No hay razón para atender la queja cuando, lo que expone en su conteste en esta sede, debió ser expresado en su despacho telegráfico.

Una pretensión o una defensa formuladas dentro de una situación litigiosa en contradicción con el sentido objetivo de la conducta anterior del sujeto

no puede prosperar, en tanto mediaría una ilicitud de la conducta ulterior confrontada con la precedente, toda vez que ello infringiría el fundamental principio de la buena fe ... Ya no se tratará de las razones que adunen la pretensión o la oposición a ella, sino de la lisa y llana improponibilidad de las mismas, bloqueadas por esta causa de inhabilidad intrínseca, obstativa a su atendibilidad sustancial" (Cám. Apels. Civ. y Com. de Trelew, Sala A, 10/10/06. "ASESORÍA CIVIL DE FAMILIA N° 1 c/ MUNICIPALIDAD DE TRELEW s/ acción de amparo", causa 21.702, registrada al S.D.C. 48/06, con cita de MORELLO-STIGLITZ, "La doctrina del acto propio", L. L. 1984-A-865, cap. XVIII).

Sentado ello y a tenor de lo que surge de la documentación de fs. 12/13, entiendo que es elocuente la justificada causal de despido que invoca el actor. No se advierte, en definitiva, la injusticia de la pieza sentencial en este aspecto. De allí que esta porción de la queja debe ser desestimada y propondré también al Acuerdo la confirmación del decisorio en este aspecto.

1.2.

En cuanto a la queja por los rubros indemnizatorios, el accionado alza su queja objetando la normativa aplicable, discurriendo sobre la interpretación que debe darse al CCT 370/71 y CCT 356/03.

Esta cuestión fue esgrimida por esa parte en su conteste de demanda (ver manifestaciones de fs. 83/84), y mereció el debido tratamiento por la Sra. Jueza de la otra Instancia (ver en particular sus consideraciones de fs. 439), por lo que, a mi juicio, esta parcela de la queja no resulta ser una crítica razonada del fallo apelado.

Ha dicho esta Cámara en reiteradas oportunidades (CAPM SDL 03/10, entre otras) que el quejoso debe indicar los supuestos errores u omisiones que atribuye a la sentencia en grado y, por los cuales, considera que el

pronunciamiento es injusto o contrario a derecho (conf. CN. Civ., Sala A, 16/12/99, ED, 186-539). En definitiva *"La expresión de agravios es la destinada a abrir la segunda instancia, pues sin ella el tribunal de alzada se halla imposibilitado de entrar a verificar la justicia o injusticia del acto apelado. De allí que el contenido u objeto de la impugnación lo constituye la crítica precisa de cuales son los errores que contiene la resolución, sea en la apreciación de los hechos o en la aplicación del derecho*" (CNCiv Sala D 3/12/02 ED 2003-462).

Por tal razón, esta porción del agravio, sostengo, no merece análisis (arg. art. 268, del CPCC).

1.3.

Tampoco merece análisis la queja introducida respecto del agravamiento del art. 2, de la ley 25.323. Para ello hubiese sido necesario que la parte lo hubiese propuesto en su conteste. De allí que el sistema dispositivo impone la regla de que son las partes exclusivamente quienes determinan el *thema decidendum* debiendo el juzgador limitar su pronunciamiento tan sólo a lo que ha sido pedido por aquellas "incurriendo en incongruencia el juez que, al fallar, se aparta de las cuestiones incluidas en las pretensiones del actor y en la oposición del demandado" (Cfr. Cám. Apel. Trelew, sala A, SDC 19/2009).

1.4.

Con respecto a el agravio relativo a la multa del art. 4 de la ley 25972, y en sentido coincidente con lo expuesto por la Sra. Jueza preopinante, soy de la opinión que, delegado por la ley mencionada al Poder Ejecutivo Nacional la fijación del porcentual y la base sobre la que el mismo se practicará, no se advierte que se hubiesen excedido las facultades constitucionales del art. 99, inc. 2. Por tal razón, debe extenderse la base de cálculo del incremento a todas las indemnizaciones que tuvieran por causa la extinción de la relación

laboral. Así, se ha dicho que el Decreto 2014/04 no excedió las facultades reglamentarias concedidas a la Administración por la Constitución Nacional sino que ha usufructuado razonablemente la delegación contenida en el art. 4 ley 25972. De la lectura del dispositivo legal surge que se difiere a la decisión del Poder Ejecutivo Nacional no solamente el porcentual de incremento sino también la base sobre la cual el mismo se llevará a cabo. Textualmente expresa "...el porcentaje adicional que fije el PEN, por sobre la indemnización que les corresponda conforme lo establecido en el art. 245 L.C.T....". Así, se faculta al Poder Administrador a fijar un incremento de las reparaciones por despido que debe necesariamente superar a la tarifada del art. 245 citado, pero de ningún modo limita los "ítems" que podrán ser objeto de ese adicional; por tal motivo, debe considerarse que se cumple con la reglamentación, ya sea fijando un determinado porcentual de aumento como ensanchando el piso sobre el cual debe aplicarse el aumento (...) Considero entonces, que no se han excedido los parámetros exigidos por el art. 99 inc. 2 Constitución Nacional y en base a ello debe considerarse comprendida en el incremento la indemnización por embarazo (art. 182 L.C.T.) y elevar la cifra diferida a condena. (del voto del Dr. Scotti, en mayoría).- (cfr. CNTRAB - SALA X. S.D. 15219 del 15/05/2007. Expte. Nº 18206/06. "G. F. M c/ L. A. S.A. y otro s/ despido". (Sc.-St.-C.); elDial.com - AL2495).

También este aspecto de la queja habrá de ser desestimada.

1.5.

Se queja la demandada, pues la Sra. Jueza de la Instancia anterior no tuvo tener presente las comunicaciones intercambiadas entre las partes en donde el actor intimó el 25.10.05 a que la demandada hiciera entrega ante la autoridad administrativa la certificación de servicios y remuneraciones y certificado de trabajo.

No existe probanza alguna en estos autos que acredite que el actor hubiese concurrido al domicilio del deudor a retirar el certificado. Menos que se le hubiere negado tal entrega. Debe estarse, en consecuencia a lo dispuesto por el art. 747, 2ª. Parte del Cód. Civil, en tanto, frente al silencio de la ley laboral al respecto, el pago (en sentido amplio, como medio de extinción de la obligación), debe efectuarse en el domicilio del deudor. En este tipo de obligaciones, es esencial la colaboración del acreedor para que el deudor se libere, motivo por el cual la mora automática no juega, al requerirse para la extinción de las mismas una colaboración del acreedor consistente en presentarse a cobrar en el domicilio del deudor (cfr. voto del Dr. Marcelo J. LÓPEZ MESA, en sentencia de Sala A de la Cámara de Apelaciones de Trelew, de fecha 20/8/08, in re "A. de R., A. c/ P., R. C. s/ Sumario" (Expte. Nº 22.728 - año: 2008).

Como bien dicen los maestros TERRÉ, SIMLER y LEQUETTE, « cuando el pago debe hacerse en el domicilio del deudor …, las deudas son querables (dettes quérables); ellas obligan al acreedor a buscar su deuda ante el deudor… En la práctica, esta regla significa en estos días que el acreedor no puede válidamente perseguir a su deudor o colocarlo en mora si él no le ha reclamado el pago, por ejemplo por correo dirigido a su domicilio" (TERRÉ, François – SIMLER, Philippe - LEQUETTE, Yves, "Droit civil. Les obligations", 6ª edición, Edit. Dalloz, Paris, 1996, p. 1002, Nº 1247).

Que al requerimiento de fs. 14, la demandada "puso a disposición" del actor el certificado de servicios y remuneraciones (fs. 9).

He tenido oportunidad de referirme al respecto en otro voto de antecedentes fácticos similares (SDL 13/10).

En tal ocasión, señalé en primer término que la buena fe es una regla de conducta "que exige a las personas de derecho una lealtad y una honestidad que excluya toda intención maliciosa. Es una norma de comportamiento que debería ser apreciada *in abstracto*; es una buena fe-

lealtad que el derecho positivo impone en las relaciones contractuales y extracontractuales" (IVON LOUSSOUARN, M., *La buena fe*, en "Tratado de la buena fe en el derecho", Lidia Garrido Cordobera (coord.), Edit. La Ley, Buenos Aires, 2004, T. II, p. 9). La buena fe implica, entonces, una serie de obligaciones, que se tornan exigibles, según las circunstancias y naturaleza de la actuación del sujeto; el principio general de la buena fe siempre exige una actuación honesta, bienintencionada, pero esta obligación se desdobla en la obligación de información a la contraparte sobre aspectos esenciales del negocio a celebrar, la obligación de no actuar en forma reticente, es decir, silenciando aspectos centrales que afectan el consentimiento prestado, en la obligación de no contravenir con hechos las declaraciones o actuaciones anteriores, la obligación de no defraudar una confianza o apariencia generada, etc. El principio general de la buena fe no constituye un puro elemento de un supuesto de hecho normativo, sino que engendra una norma jurídica completa, que además, se eleva a la categoría de un principio general de derecho; todas las personas, todos los miembros de una comunidad jurídica deben comportarse de buena fe en sus recíprocas relaciones, lealmente, no sólo en la fase previa, sino también en el desenvolvimiento de las relaciones jurídicas ya constituidas entre ellos (Cfr. voto del doctor Noceti, ST Jujuy, Sala I, 9/3/84, "Vall de Alonso, Ester c/ Círculo de Personal Subalterno de la Policía de Jujuy y otra", ED 109-165; CNCom., Sala B, 5/2/99, "Zunghiri, H. J. c. Sánchez, Carlos y otros", LL 1999D, 193 y DJ 19992127). En nuestro sistema legal, el principio general de la buena fe posee un alcance absoluto e irradia su influencia en todas las esferas, en todas las situaciones, en todas las relaciones jurídicas. Ello, al punto de que nadie puede hacer valer derechos que contravengan dicho principio. s que, el art. 1198, inc. 1º del Cód. Civil legisla la buena fe con contenido general, constituyendo una norma-eje de todo el sistema (Cám. 1ª CC La Plata, Sala II, 28/2/91, "Parras, Oscar A.

c/ Viviendas Los Angeles", LL1991-E-452).- Y en el caso de autos, además dicha manda se encuentra reforzada por una norma específica; la LCT en su art. 63 establece que "Las partes están obligadas a obrar de buena fe, ajustando su conducta a lo que es propio de un buen empleador y de un buen trabajador, tanto al celebrar, ejecutar o extinguir el contrato o relación de trabajo". La frase empleada en la norma es plenamente aplicable en este caso respecto de la obligación del actor de ajustar la conducta a lo que es propio de un buen trabajador al extinguir el contrato o relación de trabajo; la fórmula legal es clara, en el sentido de que en el caso de autos, se exigía del actor un proceder irreprochable en el desarrollo y finalización del vínculo laboral (cfr. mi voto en SDL 13/10).

La indemnización del art. 80, última parte LCT ha de ser merituada con suma atención y prudencia, so riesgo de admitir conductas especulativas en desmedro de los intereses del empleador, violentando de esa manera el verdadero fin que la ley ha tenido en mira: la información veraz al trabajador, tanto de las obligaciones de seguridad social, sindicales y las relativas a las circunstancias propias del empleo.

No se advierte tampoco que el trabajador hubiese pretendido retirar de la sede del empleador los instrumentos que da cuenta el apuntado art. 80 LCT. Tampoco acreditó su imposibilidad de hacerlo.

Tengo para mí, tal como lo adelantara la Sra. Jueza de primer voto, que la empresa ha cumplido con la obligación legal impuesta.

2.

En cuanto a los agravios de la parte actora, es dable señalar que su queja radica en la base de remuneración establecida por el decisorio. En tal sentido considera en su fundamento que debió ser la de $ 11.456,6, correspondiente al mes de mayo de 2004, tal como consta en la certificación de servicios y remuneraciones acompañado por la demandada en su

conteste de demanda. En tanto, el pronunciamiento en análisis, refiere a la suma de $ 1.200, a falta de otros datos, y por cuanto , cuando el despido coincide con la finalización de un lapso no remunerado se considera como remuneración base la del convenio o salario de la categoría en la empresa, según los casos.

La Sra. Jueza de la otra Instancia ha dado debida cuenta de las razones por las que sostuvo que durante el año anterior a la fecha del despido (02.08.05) "no existe más salario devengado que las vacaciones correspondientes a 2004y los haberes a la orden debidos a partir del 19 de julio".

Las expresiones del actor en su agravio no rebaten argumentadamente los términos del decisorio, que da cuenta las razones por las que aplica el salario a ordenes y no otro. Se trata de una mera discrepancia, donde el quejoso, por lo que he de remitirme a lo expresado más arriba en orden al agravio de la demandada en el punto donde se pretendió discutir la aplicabilidad de un convenio colectivo por otro.

Desestimaré la queja en este aspecto.

3.

Las costas de la Primera Instancia, en atención al modo en que se resuelve la cuestión, deben ser confirmadas (arg. art. 57 de la ley XIV n° 1 y art. 69, del CPCC).

En cuanto a las costas de la presente Instancia, he de coincidir con mi colega de primer voto, entendiendo que resulta equitativa la distribución de las mismas, en el 70% a la parte demandada y en el 30% a la parte actora, atento el modo en que se resuelve la cuestión. Asimismo, aprecio adecuados la regulación de los honorarios practicados por la Sra. Jueza preopinante a los profesionales intervinientes.

En consecuencia, voto **PARCIALMENTE POR LA AFIRMATIVA**

A LA SEGUNDA CUESTION la Sra. Jueza de Cámara María Inés de Villafañe dijo:

De acompañar el Sr. Juez de Cámara el voto que antecede el pronunciamiento que corresponde dictar es el que sigue: **1. REVOCAR PARCIALMENTE** la demanda para excluir de los rubros indemnizatorios admitidos el monto reconocido para la multa del art.45 de la Ley 25345 y **CONFIRMARLA** en todo lo demás que ha sido materia de agravios. **2. IMPONER** las costas en esta instancia en el 70 % a la demandada C. S.A. y el 30 % al actor M. C.. **3. REGULAR** los honorarios profesionales de los Abogados J. A. I. y L. Á. N. en el 30 % de los que les correspondieron en la anterior instancia (Art13 Ley XIII N° 4). **4.** de forma.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN el Sr. Juez de Cámara Dr. Mario Luis Vivas, dijo:
Visto el acuerdo al que se llega, corresponde decidir en el modo en que lo formula la Sra. Jueza preopinante.

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 encontrarse vacante una vocalía (art. 6° Ley V N°17).

Puerto Madryn, de mayo de 2011.
En virtud de lo resuelto en el Acuerdo cuya copia antecede, la Cámara de Apelaciones de la ciudad de Puerto Madryn pronuncia la siguiente

S E N T E N C I A:

1. REVOCAR PARCIALMENTE la demanda para excluir de los rubros indemnizatorios admitidos el monto reconocido para la multa del art. 45 de la Ley 25345 y **CONFIRMARLA** en todo lo demás que ha sido materia de agravios.

2. IMPONER las costas en esta instancia en el 70 % a la demandada C. S.A. y el 30 % al actor M. C.

3. REGULAR los honorarios profesionales de los Abogados J. A. I. y L.Á. N. en el 30 % de los que les correspondieron en la anterior instancia (Art13 Ley XIII N° 4).

4. REGISTRESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVASE

REGISTRADA BAJO EL No. de 2011 SDL- CONSTE.