En la ciudad de Puerto Madryn, a los días del mes de septiembre del año 2011, se reúne la Excma. Cámara de Apelaciones, con la Presidencia del Dr. Mario Luis Vivas y la asistencia de los Sres. Jueces de Cámara Dra. María Inés de Villafañe y Dr. Heraldo Enrique Fiordelisi, para celebrar Acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **"A. D. D. C/ H. S.A. S/ COBRO DE PESOS" (Expte. N° 119 – Año 2011)** venidos del Juzgado de Primera Instancia en lo Laboral N° 1, en apelación. Conforme el sorteo practicado a Fs. 271, los Sres. Magistrados resolvieron plantear las siguientes cuestiones: **PRIMERA:** ¿Se ajusta a derecho la sentencia apelada?; **SEGUNDA:** ¿Son justos los honorarios regulados a la Perito Contadora? y **TERCERA:** ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?.

A LA PRIMERA CUESTION, el Sr. Juez Dr. Heraldo Enrique Fiordelisi dijo:

1) Antecedentes y la sentencia.

Llegan estos autos a la Alzada a los efectos de tratar los recursos de apelación interpuesto a fs. 234/235 por la perito contadora actuante en autos, a fs. 237 por la parte actora y a fs. 238 por la demandada contra la sentencia dictada a fs. 221/228, los que fueron fundados a fs. 234/235, 247/249 y 242/246 vta. respectivamente, mereciendo respuesta de la contraria solamente los agravios de la parte demandada (fs. 251/254).

La sentencia sentó la premisa inicial de que cada una de las partes corría con la carga procesal de acreditar sus dichos atento los términos como quedara trabada la litis.

En su resolución hizo lugar a la demanda condenando a H. S.A. a abonar a D. D. A., previo los descuentos legales que correspondan, dentro del quinto día y mediante depósito judicial en autos, la suma de $ 316.269,74.-

(Trescientos dieciséis mil doscientos sesenta y nueve pesos con setenta y cuatro centavos), con más los intereses a la tasa activa del Banco del Chubut S.A. para el descuento de documentos. Asimismo impuso la obligación de entregar a la actora la certificación prevista por el art. 80 LCT dentro de los diez días de quedar firme la sentencia bajo apercibimiento de astreintes y aplicó las costas a la demandada vencida.

Con respecto al "despido" dispuesto por la demandada, llegó a la conclusión que a la fecha en que aquél fuera citado a embarque la demandada le adeudaba $ 8.920,93.- por vacaciones gozadas en diciembre del año anterior, el SAC 2do semestre/08 y el ajuste íntegro de los meses de enero a mayo 2009 como días a la orden. Consideró el concepto de injuria que regula el art. 242 de la LCT resulta de aplicación a la gente de mar y que lo que el Cód. de Comercio (arts. 991 y 1000) sanciona es la no presentación a embarcar injustificada, pero en este caso le asistió razón al actor para no embarcar si no se le abonaba previamente la deuda que reclamaba y se le adeudaba desde hacía seis meses. Por lo tanto, consideró incausado el despido dispuesto por la empleadora con derecho a las indemnizaciones legales por parte del actor.

Con respecto a la mejor remuneración mensual, normal y habitual del actor a los fines de la indemnización por antigüedad, no coincide la Jueza a quo con lo dictaminado por la perito contadora que debe ser la del mes de Junio de 2008 porque conforme recibos de ese mes se pagan conceptos que abarcan 69 días, por lo que efectuando los prorrateos correspondientes el sueldo de dicho mes ascendería a $ 5.330,83.- claramente inferior al salario de Agosto denunciado por el actor y reconocido por la demandada como el mejor sueldo mensual, normal y habitual.

Con relación al "tope" indemnizatorio sostiene que la demandada pretende su aplicación pero no denuncia cuál sería el aplicable y ello es esencial hacerlo porque el juez no puede aplicar convenios colectivos de oficio (art. 8

LCT). Resuelve que en la actualidad el tope no existe y que no puede aplicarse el tope de un convenio que no rige la actividad como el CC 155/91. Por lo tanto, dispuso que por aplicación de los principios de los arts. 9 y 16 LCT corresponde considerar la remuneración real del demandante. Deja constancia, además, que en este punto no es posible aplicar por analogía un convenio colectivo ajeno.

Con respecto al "adicional por rescisión" consideró que debe tomarse como base para su cálculo el salario correspondiente a trabajo a órdenes que es la situación de revista en que se encontraba el actor al momento de su despido.

Declaró también procedente "la multa del art. 2 de la Ley 25.323" aunque sólo sobre el rubro "indemnización por antigüedad" y no sobre el de rescisión del contrato de ajuste pues si bien éste posee una fórmula de cálculo similar no es el previsto en el art. 224 de la LCT.

Con respecto a la impugnación del actor a "la liquidación de Junio de 2009" que ajusta "salarios a la orden", la sentenciante coincide con la perito en que el mismo era de $ 1.406,25.- Por lo tanto, desde el 05/01/09 hasta el 22/06/09 en que fue despedido, el tripulante acumuló un total de $ 7.881,05.- y no de $ 5.906,26.- como indica la demanda. De este salario, continúa, deben deducirse las sumas pagadas con anterioridad, como parcial producción de mes ($ 300.- en diciembre) y sueldo básico ($ 803,57.- en marzo, abril y mayo). Y debe reintegrarse al actor el descuento efectuado en el recibo de mayo como "anticipo de haberes" dado que no hay constancia de su pago. También ha considerado improcedentes los descuentos efectuados en el recibo de Junio 2009 en el que se ajusta el sueldo a órdenes, los conceptos de "anticipo de haberes" y "programa de recuperación productiva" porque no hay manifestación alguna de la demandada sobre su procedencia, ni se encuentra en forma alguna probada y comparte la

conclusión de la pericia de que hay un falta total de documentación avalante al respecto.

En definitiva, prosperó la demanda por: a) Vacaciones: $ 8.820,93.-; SAC 2da cuota/08: $ 5.455,74.- de la cual deberá deducirse en la etapa de ejecución de sentencia la suma de $ 4.007,31.- abonada en el concurso preventivo; c) Diferencia Salario a Ordenes 05/01/09 hasta 22/06/09: $ 4.570,34.-; d) Indemnización Art. 245 LCT ($ 10.911,49.- x 18 p.): $ 196.406,82.-; e) Adic. Rescisión de Contrato (1.406,25 x 2): $ 2.812,50.-; f) Art. 2 Ley 25.323 (50% de d)): $ 98.203,41; lo que totaliza: $ 316.269,74.- con más los intereses conforme la tasa activa del Banco del Chubut S.A. para las operaciones de descuento de documentos desde que cada suma fue debida y hasta el efectivo pago.

La condena se integra con la obligación para la demandada de entregar las certificaciones previstas por el Art. 80 L.C.T., bajo apercibimiento de aplicar astreintes (art. 666 bis C. Civ.).

Al decidir como lo ha hecho la sentencia rechaza la inconstitucionalidad de la Ley 25.561 en cuanto prohíbe el ajuste monetario. Basa la decisión en que la misma se ha planteado en forma genérica y sin demostrar de qué manera se contraría la Constitución Nacional y cuál es el perjuicio, que también debe demostrarse. Incluso deja sentado que el actor ni siquiera ha argüido por qué entiende que la aplicación de los intereses de plaza a tasa activa no le compensa la inflación mensual.

Con respecto a las costas y por el principio objetivo de la derrota, las impuso a cargo de la parte demandada, regulando los honorarios de los profesionales intervinientes.

2) <u>Los agravios de la parte demandada</u>.

La demandada ha centrado sus agravios en tres puntos.

En primer lugar, se agravia de que la sentencia haya considerado que el despido fue incausado. Sostiene que la deuda que la empresa tenía con el actor no lo habilitaba para no presentarse a embarcar y que si bien la retención de tareas es un derecho de los trabajadores por la aplicación analógica del art. 1201 del C. Civ., no es menos cierto que no existen derechos absolutos. Citando jurisprudencia considera que la actitud del actor podría considerarse justificada cuando el incumplimiento de la empleadora se refiera a alguna de sus obligaciones esenciales. Basándose en el art. 991 del C. Com. considera que al no haberse presentado a embarcar el actor que fuera citado por la empleadora, ha incurrido en abandono de trabajo. Al final de este agravio admite la existencia de la deuda de la empresa con el actor, pero considera que la misma no era de una entidad suficiente como para dejar de cumplir con su obligación principal. Por lo tanto, sostiene, la conducta desplegada por el actor constituyó un claro abuso del derecho que la sentencia ha convalidado.

El segundo agravio que plantea la demandada está referido al SAC por el 2do Semestre del Año 2008 adeudado por la demandada y que es una de las deudas por las que el actor retuvo su obligación de prestar tareas, que la sentencia lo ha considerado “posconcursal” y la recurrente considera que es “concursal”. Basa su postura en que el SAC se genera a medida que el trabajador trabaja y que el hecho de que la ley fije una época para el pago no quiere decir que ello fije su carácter ya que hay que tener en cuenta su devengamiento. Afirma que al momento del concursamiento de la demandada el actor tenía derecho a una suma proporcional del SAC por el segundo semestre de 2008, los cuales debían ser verificados en ese marco procesal. Sin embargo la sentencia entendió que la totalidad del rubro es posconcursal porque se abona el 31 de Diciembre de ese año y por ello exigible al empleador. Se queja porque dice que ello constituye una interpretación desajustada e injusta de la norma en perjuicio de la

demandada porque ha sumado esa deuda a la que tenía con el actor por créditos posconcursales cuando es una deuda netamente concursal. Por lo tanto, si se reduce este importe de lo adeudado al actor, reduce la justificación del actor para no presentarse a embarque y, en subsidio, la indemnización otorgada al mismo.

Finaliza su fundamentación con el tercer agravio que se basa en que la sentencia no ha aplicado el "tope" establecido en el Convenio Colectivo de Trabajo 155/91 a los efectos de la indemnización por antigüedad. Sostiene que si los CCT 307/99 y 356/03 no se expiden sobre la cuestión del tope establecido por el CCT 155/91, éste sigue vigente por lo que dispone el art. 6 de la Ley 14.250. Como conclusión afirma que debe aplicarse el "tope" que establece dicho CCT.

3) <u>Los agravios de la parte actora</u>.

Agravia en primer lugar a la parte actora el monto por el que ha hecho lugar la sentencia en el rubro "Sueldo a Ordenes" ya que ha fijado la deuda en $ 7.881,05.- pero le deduce de ese importe las sumas pagadas por la demandada con anterioridad como parcial producción del mes ($ 300.- en diciembre) y $ 803,57.- en marzo, abril y mayo. Con lo cual el rubro por "diferencia salario a órdenes" quedó en $ 4.570,34.- Argumenta que la Jueza a quo debió tener en cuenta lo que surge del acta de la audiencia de fs. 218 donde la empresa reconoció que ningún pago de salarios le hizo al actor durante el año 2009 y que los depósitos realizados los imputó al expediente que tramitara el actor en reclamo de deuda preconcursal . Por lo tanto, no puede descontarse ninguna suma como ordena la sentenciante. Sostiene por ello que debe recalcularse la diferencia salarial admitida en el fallo y que la suma adeudada por la empresa por el rubro "Sueldo a Ordenes" alcanza a $ 7.881,05.-

En el segundo agravio se impugna el fallo por cuanto se ha omitido incluir en el monto de la sentencia los descuentos que realizó la empresa en forma improcedente, esto es: a) anticipo de haberes $ 600.- y b) programa de recupración productiva $ 1.450.- Por lo que, considerando el primer agravio y el segundo, considera el recurrente que el monto de la sentencia debe incrementarse en la suma de $ 9.931,05.- (que incluye "anticipo de haberes", "programa de recuperación productiva" y "sueldo a órdenes").

El último agravio está referido a que el fallo se aparta de la dictaminado por el perito al determinar la mejor remuneración normal y habitual del actor que la fijó en $ 15.654,68.- Sostiene que en la certificación de servicios y remuneraciones confeccionada por la demandada y reconocida al contestar la demanda se consigna que la mejor remuneración fue la de junio de $ 15.604,11.- Dice que esta documental tiene que prevalecer sobre los recibos de haberes dado que los mismos no cumplen con los requisitos mínimos que los mismos deben reunir y que carecen de la firma de las partes, por lo que son inexistentes. Solicita que esta Alzada revoque el monto por el que prosperó la sentencia en relación a la "indemnización por antigüedad del art. 245 LCT" y la "multa del art. 2 de la Ley 25.323" tomando para el cálculo correcto la suma de $ 15.604,11.- como mejor remuneración.

Hace, finalmente, una liquidación de los rubros por el que debió prosperar la demanda según su punto de vista y el total asciende a $ 443.177,93.-

4) <u>Tratamiento de los agravios de la parte demandada</u>.

4.1) <u>La existencia o no de la causal del despido</u>.

La demandada sostiene que el despido del actor dispuesto oportunamente no ha sido incausado como afirma la sentenciante sino con causa que es la prevista por el art. 991 del Cód. de Comercio, por lo que el actor incurrió en "abandono de trabajo". Considera que la deuda que mantenía la empresa

con el actor no tenía la entidad suficiente como para justificar su negativa a prestar tareas y que por ello fue correctamente despedido con causa.

Corresponde determinar si el despido dispuesto por la demandada se ajustó o no a derecho, por lo que es necesario analizar si era de aplicación inmediata el art. 991 del Cód. de Comercio o si, por el contrario, se tendría que haber ajustado el distracto a la hermenéutica de la L.C.T.

En tal sentido el art. 2 de la LCT establece que este régimen legal será aplicable en la medida que sea compatible con la naturaleza y modalidad de que se trate cada caso en particular y con el específico régimen jurídico a que se halle sujeto.

Partiendo de tal dispositivo legal se observa que la actividad laboral desplegada por el actor no está excluida expresamente, tal como dicha norma sí lo hace en su segunda parte inciso 2/1 b) y c) respecto de determinadas actividades. Consecuentemente, cabe memorar que en autos "Trasi de Salomone c/ Ríos – AR S.A." (CNAT, Sala VI, 05/04/95; DT, 1995-B, 2082) se ha aplicado supletoriamente la L.C.T. a los "contratos de ajuste" en cuanto el régimen general no sea incompatible con el específico de la gente de mar.

Entonces, si el art. 991 del Cód. de Comercio prevé un supuesto de despido con justa causa (entre otros: no presentarse a bordo a la fecha y hora señalada para comenzar sus servicios, inc. 5), del mismo modo como la propia L.C.T. establece causales de extinción del contrato de trabajo por justa causa (arts. 242 a 246) y sin olvidarse del carácter tutelar del derecho de trabajo, considero que en virtud del principio del art. 2 antes invocado, es aplicable en la especie el art. 244 que exige, antes de disponer un despido por abandono de trabajo, la previa constitución en mora del trabajador mediante intimación en forma fehaciente, ya que entiendo que este recaudo no es incompatible con el régimen específico de la gente del mar, pues sólo agrega un recaudo previo (constitución en mora) a fin de que el propio

intimado conozca cuáles serán las consecuencias derivadas de una actitud contumaz.

Ergo, la falta de emplazamiento previo impide convalidar la imputación de "abandono de trabajo" que ha hecho aquí la empleadora (conf. CNAT, Sala VII, 11/11/91, "in re" "Ramírez c/ Bazarian", DT, 1992-B, 1668), por lo que no puede prosperar esa causal de despido (art. 243 L.C.T.).

Como colofón de todo ello, estimando aplicable en autos tal jurisprudencia y sin perjuicio de lo que seguidamente desarrollaré sobre el derecho del actor a retener tareas ante la falta de pago de salarios, concluyo que el despido del actor dispuesto por la accionada no se ajustó a la hermenéutica legal "ut supra" referenciada, por lo que cabe concluir que -conforme lo ha resuelto la sentencia en crisis- A. tiene el derecho al cobro de las indemnizaciones pretendidas (conf. CNAT, Sala I, 31/03/05, DT 2005 (Nov.), 1614).

De conformidad siempre con los principios que acabo de exponer, es necesario, además de cumplir con los recaudos establecidos por las normas laborales referidas, determinar que el ánimo del trabajador sea el de no reintegrarse a sus tareas ya que no toda ausencia permite inferir la existencia de ese elemento subjetivo (ver CNAT, Sala III, 19/07/96, Sent. N° 71.976, "Ruiz c/ Erco SRL"). Ello no se da en estas actuaciones.

Adviértase que el actor, aun en ejercicio de su legítimo derecho de retención de tareas, mantuvo un intercambio telegráfico con la empresa tratando de que se le abonara lo adeudado. Ello evidencia la voluntad que el trabajador tuvo de mantener el vínculo con la empresa, situación distinta a la interpretada por aquella.

De las pruebas aportadas a la causa resulta que a la fecha de la intimación cursada por el actor (Junio de 2009) y del despido, la empleadora debía al reclamante las sumas y rubros consignados en la sentencia. Por otra parte, la propia demandada ha reconocido que mantenía deuda salarial con el

reclamante. Por lo tanto, la falta de pago de la remuneración convenida y en tiempo oportuno configura un grave incumplimiento contractual, pues el pago de la retribución constituye una de las principales obligaciones del empleador, en atención a la naturaleza alimentaria del salario (arts. 74 y 128 LCT). En consecuencia, la demandada no podría exigir la prestación de tareas al actor, cuando la empleadora a la fecha del despido ya se encontraba en mora respecto del pago de los rubros reclamados por el actor.

Es criterio jurisprudencial que la "exceptio non adimpelti contractus" funciona en los contratos bilaterales en los cuales las prestaciones debidas por ambas partes se hallan en relación de interdependencia y deben ser cumplidas simultáneamente, y deben responder a principios de buena fe contractual por lo que, en el caso el actor se encontró en situación de retener su fuerza de trabajo para que la demandada abonara los salarios adeudados.

Desde esta perspectiva resulta válida la retención de tareas por el actor, situación que encuadra en la norma del art. 1201 del Código Civil. No existen motivos para entender que esta disposición no sea aplicable a las relaciones contractuales de naturaleza laboral, aunque es claro que su viabilidad, cuando se trate de la retención de tareas por parte del trabajador (principal obligación a su cargo), debe ser valorada teniendo en cuenta la relevancia de los incumplimientos imputados a la empleadora, pues tal actitud sólo podría considerarse justificada cuando el incumplimiento de la empleadora se refiera a alguna de sus obligaciones esenciales. En el caso resulta claramente procedente la actitud del accionante de retener tareas, cuando la empleadora no había abonado salarios de seis meses, vacaciones y diferencias salariales, por lo que no se le puede imputar una conducta antijurídica cuando la demandada viola los principios de buena fe (conf.

CNTrab., Sala III, 29/09/06, IMP 2007 (enero), 94; íd. íd., SD N° 85.260, 30/09/03, SD N° 87.234, 28/10/05).

Es que la valoración de la importancia y de la aptitud de la injuria para disolver el vínculo debe ser hecha prudencialmente por los jueces, teniendo en cuenta las modalidades de la relación y las circunstancias personales que se dan en cada caso (conf. FERNANDEZ MADRID, "Tratado Práctico de Derecho del Trabajo", La Ley 1990. T.II, pág. 1615).

Y la mora del empleador puede, según las circunstancias, constituir injuria suficiente que autorice al trabajador a denunciar el contrato con causa justificada. Es que la falta de pago de las retribuciones es el incumplimiento principal de las obligaciones del patrón, y por eso es injurioso en cuanto constituye una patente inobservancia de las esenciales obligaciones derivadas del contrato o relación de trabajo. Observo que la mora en el pago de las remuneraciones no es en sí misma lo que autoriza la rescisión del contrato de trabajo, sino el carácter injurioso de la conducta empresaria, que puede, según las circunstancias fácticas, resultar encuadrada en los términos del art. 242 de la LCT. Para que se configure la injuria y el trabajador pueda disolver el contrato por tal motivo, es necesario que intime previamente el pago del crédito bajo el apercibimiento correspondiente. Esta es una exigencia impuesta por el obrar de buena fe (conf. FERNANDEZ MADRID, ob. cit., págs. 1791/1792). En este aspecto, la intimación cursada (telegrama de fs.12) lo fue bajo apercibimiento de considerarse despedido con lo que el actor dio cumplimiento a ese previo recaudo y satisfacción al requisito elemental del deber de buena fe, por lo que justificadamente se colocó en situación de despido indirecto.

Ello por cuanto la mora automática en el pago de las retribuciones (art. 137 LCT), no justifica por si sólo la disolución del contrato sino el carácter injurioso de la conducta empresaria contraria a la buena fe, lealtad y probidad (art. 63 LCT) que resulta de la falta de respuesta al reclamo de

pago de los haberes adeudados, incumplimiento que se mantuvo al momento de la extinción del vínculo por parte de la empleadora incumplidora al despedir al actor.

Por lo expuesto, observamos aquí un incumplimiento objetivo que consiste en la falta de pago en tiempo y forma por la empleadora de la remuneración adeudada, la intimación del empleado para que se le abone bajo apercibimiento de considerarse despedido (fs.12), la respuesta de la empresa negando la deuda y citándolo a embarcar (fs.11), una nueva respuesta e intimación del empleado para que se le abone lo adeudado previo a prestar sus tareas (fs.13) y la respuesta de la empresa no sólo manteniendo su posición sino, además, despidiendo directamente al empleado por no haber embarcado (fs.10).

No tengo duda, sin perjuicio de lo ya desarrollado en este apartado, que la medida resolutoria adoptada por la demandada no resultó ni legítima, ni justificada, pues, sin perjuicio de no ser reprochable la conducta asumida por el trabajador al efectuar un reclamo de índole salarial y retener tareas hasta tanto se le abonare, lo cierto es que la máxima sanción aplicada por la empresa debe ser calificada como desproporcionada, máxime si se repara que el actor contaba con 18 años de antigüedad y carecía de antecedentes desfavorables (conf. CNAT, Sala I, 18/10/2010, LL Online: AR/JUR/64504/2010).

No puedo dejar de evaluar que la quejosa esgrime que la "entidad" del incumplimiento de la demandada no justifica la actitud asumida por el actor.

En la valoración de la existencia de deudas de aporte empresario con respecto al trabajador no se puede ni debe valorar la entidad de las mismas para conocer objetivamente si nació el derecho de sentirse injuriado por la patronal, la ponderación es esencialmente subjetiva, pues, sólo el trabajador sabría si la situación le entorpecía o no el mantenimiento de su grupo

familiar, y por ello la demandada no puede escudarse -como aquí pretende- en que la entidad de la deuda no era significativa como para justificar la conducta del trabajador. Por otra parte, si no lo era, hubiese sido más fácil que la abonara y evitaba todo lo que tuvo como consecuencia su incumplimiento de pago.

Concluyo el tratamiento de este agravio diciendo que resulta injustificado el despido dispuesto por la empleadora dado que la retención de tareas por parte del trabajador se encontraba justificada ante la falta de pago de la remuneración en la medida convenida y en tiempo oportuno por parte de la demandada, pues, ello configura un grave incumplimiento contractual, ya que, el pago de la retribución constituye una de las principales obligaciones del empleador, en atención a la naturaleza alimentaria del salario (arts. 74 y 128 LCT). Por otra parte, ante el incumplimiento de la empleadora en el pago de la remuneración, resultó válida la retención de tareas del trabajador, pues, dicha situación encuadra en lo previsto en el art. 1201 del Código Civil, ya que no se le puede imputar al trabajador una conducta antijurídica cuando la demandada viola los principios de buena fe (conf. CNAT., Sala III, 29/09/06, IMP 2007 (enero), 94).

Por lo que propongo al Acuerdo el rechazo del agravio en tratamiento. Así lo voto.

4.2) <u>Procedencia o no de descontar el SAC 2do semestre 2008 de la deuda de la demandada con el actor</u>.

Se queja la demandada por considerar que no se debió imputar como deuda de la patronal con el actor la suma que corresponde al SAC 2° semestre de 2008, toda vez que no era una deuda de naturaleza posconcursal sino preconcursal. Argumenta para sostener su agravio que no tiene importancia la fecha de pago del SAC sino su “devengamiento” que es diario. O sea, se devenga día por día pero se paga en dos cuotas: 30

de Junio y 31 de Diciembre de cada año. Por ello al devengarse por día, considera que es de naturaleza preconcursal atento a que la demandada se presentó en concurso el 03/12/2008.

Aclaro que el agraviado sostiene que la interpretación de la sentencia es desajustada e injusta en perjuicio de sus derechos pero no lo demuestra en su presentación con bases sólidas. O sea, lo que realiza es una discrepancia con una argumentación muy simple que difiere de la conclusión que hace la Jueza a quo, pero en modo alguno rebate la misma con solvencia y precisión.

De todos modos dejaré sentado que no le asiste razón en su queja. En primer lugar porque el SAC aunque se devengue por día no se incorpora automáticamente a la remuneración mensual del trabajador, si así fuese debería considerárselo para el cálculo de la indemnización por antigüedad como parte del salario y no es así. Por otra parte, la ley ha fijado cuándo debe abonarse: en dos cuotas durante el año (Junio y Diciembre). En este caso, el obrero fue despedido en el 22 de Junio de 2009 adeudándole la empresa diversos rubros que la sentencia ha determinado. Pero en lo que aquí interesa tenemos que se le adeudaba el SAC 2° semestre de 2008 que debió percibir el 31 de Diciembre de 2008. O sea, la fecha de exigibilidad del rubro fue el 31 de Diciembre de 2008; si la empresa se presentó en concurso el 03 de Diciembre de 2008, es evidente que la fecha para el cumplimiento de la obligación en tratamiento fue posterior a la presentación concursal. Adviértase que habiendo fijado la ley cuándo debe pagarse el SAC, no hubiera podido el actor acreedor reclamar la efectivización del rubro antes del vencimiento del plazo para su pago (31/12/2008).

Por lo tanto, el agravio no puede admitirse y propongo su rechazo. Así lo voto.

4.3) <u>La aplicación del "tope" indemnizatorio establecido en el C.C.T. 155/91</u>.

Agravia a la demandada que la sentencia no haya aplicado el "tope" indemnizatorio para la indemnización por antigüedad establecido por el CCT N° 155/91.

Adelanto que comparto la tesitura expuesta por la juzgadora del anterior grado, por cuanto soy de la opinión que en el supuesto planteado en autos indiscutiblemente el convenio de aplicación es el C.C.T. 356/03. Dicha norma convencional vino a sustituir el anterior convenio de la actividad que en su momento se homologara bajo el 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 del 1° de Septiembre de 2001, las relaciones de trabajo habidas entre las partes indudablemente, reitero, se encontraron regidas por dicha norma convencional.

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.

En cuanto al CCT 155/91 no es de aplicación al caso atendiendo a la fecha de extinción de la relación laboral (22/06/09) pues no corresponde aplicar topes fijados en convenidos colectivos ya privados de vigencia. En consecuencia, rige el CCT 356/03 que sustituye al CCT 307/99, "único de aplicación en todo el ámbito nacional", con vigencia a partir del 1 de Septiembre de 2001 (arts. 2 y 3) (conf. CATrelew, Sala B, 16/02/09, LL Online: AR/JUR/4061/2009).

Nótese en tal sentido que al homologarse el actual CCT 356/03, la autoridad de aplicación al dictar la resolución N° 73/03 en el considerando anuncia su

decisión de no elaborar la base promedio y el tope indemnizatorio "en orden a que por la atipicidad del sistema remunerativo… resulta imposible determinar y efectuar el mismo". Tamaño reconocimiento en la omisión de los deberes a su cargo, implícito durante la vigencia del C.C.T. 307/99 y explícito para el C.C.T. 356/03, no puede recaer en contra de los intereses del trabajador para así aplicarle el tope establecido en la Resolución del M.T.S.S. N° 1050/96 que no estaba vigente al momento de la extinción del vínculo (conf. CATrelew, fallo cit.).

Y ha sido éste también el criterio adoptado por la Sala "A" de la Excma. Cámara de Apelaciones de Trelew en la C. 18.898, SDL 10/2004, y por la Sala "B", C. 19.259, SDL 23/2004, C. 19.574, SDL 52/04 y C. 21.051, SDL 16/2006.

A su vez, la adopción de la mejor remuneración y no un promedio es el criterio adoptado ya por la Sala "B" de la misma Cámara en la C. 19.783, SDL 58/2004, que dio lugar a la sentencia del Superior Tribunal de Justicia en el Expte. N° 20.193/2005, S.R.E. 01/06.

Con ese alcance y ante la vigencia del C.C.T. 356/03 no hay tope a seguir (del voto del Dr. Vergara, CATrelew, Sala "B", "in re" "B.R.A. c/ H. S.A.", 16/02/09; LL Online: AR/JUR/4061/2009).

El agraviado hace referencia al art. 6 de la Ley 14.250. Es verdad que este artículo (texto reformado por el art. 13 de la Ley 25.877) consagra que la convención colectiva de trabajo cuyo plazo estuviese vencido, mantendrá sin embargo la plena vigencia de sus cláusulas hasta su sustitución por otra. Más el precepto se refiere a aquellos convenios que al momento de producirse el agotamiento de su plazo tenían efectiva vigencia y no a los que, como en este caso, no sólo no la tenía sino que regía otro en su reemplazo.

Coincido entonces con la Jueza a quo en la improcedencia de aplicar topes de un convenio que ya no está vigente y, a su vez, considerar la mejor

remuneración, normal y habitual del trabajador a los fines del cálculo de la indemnización por antigüedad, siguiendo el criterio sentado por el S.T.J. antes mencionado.

En virtud de los fundamentos expuestos, el agravio en tratamiento no es admitido y propondré al Acuerdo su rechazo. Así lo voto.

5) <u>Tratamiento de los agravios de la parte actora</u>.

5.1) <u>El importe adeudado al actor por "Sueldo a Ordenes</u>".

Se agravia el actor por considerar que la Jueza ha descontado sumas de los "sueldos a órdenes" que no debió descontar, según su parecer. Argumenta que en la audiencia celebrada según constancia de fs. 220 (el quejoso refiere fs. "218" pero es errónea la cita) quedó establecido que ningún pago por salarios realizó la empresa y que los depósitos realizados los imputó al expediente que tramita el actor en reclamo de la deuda pre concursal. Por esa razón considera que no corresponde ningún descuento sobre el rubro en tratamiento.

Me remito al acta de fs. 220 y de la misma surge que *"…la parte demandada…presta conformidad con que los pagos que se denuncian en el escrito presentado por la parte actora como de doble imputación se tengan como efectuados en el incidente de pronto pago que tramita por ante el Juzgado del concurso. Es decir que los pagos denunciados como efectuados para cancelar parcialmente este expediente son en realidad pagos efectuados en el incidente de pronto pago…"*.

Me remito a la presentación de fs. 215/216 y vta. que fue la que generara la audiencia mencionada y advierto que no se hace ninguna mención de las sumas que la sentencia ha resuelto descontar de los salarios en tratamiento en este punto. Además, el acta de la audiencia no dice que la empresa no realizó pago de salarios durante el año 2009 (me remito al texto de la misma).

De lo expuesto, surge que este agravio es una discrepancia del quejoso con lo resuelto por la magistrada de la Instancia inferior, lo cual en modo alguno llega a configurar un agravio con sustento y/o una demostración del error de la sentencia digno de ser evaluado, tratado y resuelto conforme la exigencia del art. 268 del ritual. En virtud de ello, soy de la opinión que este agravio debe ser declarado desierto (conf. art. 269 CPCC), lo que propongo al Acuerdo. Así lo voto.

5.2) <u>La omisión de incluir en la condena descuentos improcedentes</u>.

El segundo agravio de la parte actora está referido a que se ha omitido incluir en el monto de la sentencia descuentos que le realizó al actor en forma improcedente, de acuerdo a lo así admitido y declarado en los considerandos del fallo, tales como: a) anticipo de haberes $ 600.- y b) programa de recuperación productiva $ 1.450.-

La sentencia ha determinado que se consideran improcedentes los descuentos efectuados en el recibo de JUNIO de 2009 de los conceptos "Anticipo de Haberes" y "Programa de Recuperación Productiva".

El apelante sostiene que la sentencia ha omitido incluir los importes de ambos rubros: "Anticipo de Haberes": $ 600.- y "Programa de Recuperación Productiva": $ 1.450.- como parte de la condena para ser reintegrados al actor.

Observo que en el recibo de fs. 8 (JUNIO 2009) figuran ambos rubros descontados al reclamante de autos. Por lo tanto, si la a quo consideró improcedentes dichos descuentos surge con evidencia que deben ser reintegrados al mismo.

En virtud de lo expuesto y no habiendo sido incluidos estos importes en la parte dispositiva de la sentencia en tratamiento como suma a pagar por la demandada al actor, propondré al Acuerdo admitir el agravio ya que esta Alzada está habilitada para así decidir (conf. art. 281 y concs. CPCC).

Por lo tanto, de admitirse mi postura por los colegas integrantes de esta Cámara, deberá incluirse en el rubro a pagar por la demandada la suma de $ 2.050.- (Dos Mil Cincuenta Pesos) en concepto de pago de los rubros mencionados y que han sido improcedentemente descontados al actor según lo determinado por la sentencia en tratamiento. La suma indicada llevará los intereses fijados por la sentencia de primera Instancia desde que la suma fue indebidamente descontada hasta la fecha del pago efectivo al acreedor. Así lo voto.

5.3. Determinación de la mejor remuneración para la indemnización por antigüedad y la multa del Art.2 Ley 25.323.

El último agravio de la actora está referido al monto fijado en la sentencia como mejor remuneración, normal y habitual percibida por el actor durante el último año de servicio a los efectos de determinar la indemnización por antigüedad y la multa del art. 2 Ley 25.323.

Sostiene que ha fijado un monto inferior al que corresponde de conformidad a lo determinado por la pericia contable practicada en autos y a la que surge de la certificación de servicios y remuneraciones confeccionada por la demandada obrante a fs. 21/24 y que fuera reconocida al contestar la demanda a fs. 46. En la certificación se consigna que la mejor remuneración percibida por el actor corresponde al mes de Junio de 2008 y alcanzó a la suma de $ 15.604,11.- (Quince mil seiscientos cuatro pesos con once ctvs.). Sostiene el quejoso que esta es la documental que debe prevalecer dado que los recibos de sueldos presentados por la demandada carecen de firma. Sostiene que la Jueza se aparta del dictamen pericial por considerar que los recibos correspondientes a ese mes se pagan conceptos que abarcan 69 días, pero que la prueba documental obrante en autos corroboran el dictamen pericial, fundamentalmente la certificación de servicios y remuneraciones antes mencionada.

En este punto la sentenciante expresa que no coincide con la perito contadora en que deba considerarse como mejor remuneración mensual, normal y habitual del actor la correspondiente al mes de Junio de 2008. Ello así –dice-*"…por cuanto los recibos supuestamente correspondientes a ese mes pagan conceptos que abarcan 69 días…"*. En el punto III de la sentencia al fijarse los rubros por los que prospera la demanda, surge en el punto *"d) Indemnización art. 245 LCT ($ 10.911,49 x 18 p.) $ 196.406,82…"*. Con lo que para la Jueza a quo la mejor remuneración mensual, normal y habitual asciende a $ 10.911,49.- que fue la correspondiente al mes de Agosto de 2008 (ver demanda fs.35 y pericial contable fs. 156).

Para dar respuesta al punto en análisis, me remito a la demanda y en ella el propio actor expresó a fs. 35 que *"…la mejor remuneración normal y habitual del actor, alcanza a pesos 10.911,49…"*. Si bien es cierto que el reclamante se sometió en este punto *"…a lo que en más o en menos determine el perito contador…"*, la sentenciante ha sido clara al explicar porqué se apartó en este punto de lo dictaminado por el perito en cuestión.

Al expresar sus agravios el quejoso pretende que se modifique este punto de la sentencia fijándose como mejor remuneración la que surge de la certificación de servicios para el mes de Junio de 2008, cambiando en este rubro lo que afirmara y reclamara en la demanda. Además de no ser procedente procesalmente tal cambio de rumbo por parte del actor a esta altura del proceso, advierto que tampoco ha rebatido y fundamentado con solidez cuál ha sido el error de la sentencia al determinar la mejor remuneración mensual, normal y habitual del reclamante. Exterioriza sí en su queja una disconformidad con el importe fijado dado que pretende uno mayor. Pero para que esta Alzada revoque lo decidido por la Inferior es necesario que el agraviado exponga con solidez su queja y demuestre nítidamente el error en que ha incurrido la sentencia. Advierto que no lo

hace y, por lo tanto, la pretendida revocación no puede ser admitida en esta Instancia ante la insuficiencia del agravio.

Por lo hasta aquí desarrollado considero y propondré al Acuerdo no admitir este agravio de la parte actora, confirmándose lo decidido por la magistrada del Inferior en la cuestión en tratamiento. Así lo voto.

6) <u>Las costas de esta Instancia</u>.

En atención a la forma como he votado para resolver los temas propuestos a esta Alzada, considero que por el recurso interpuesto por la parte demandada deben imponérsele a la misma la totalidad de las costas generadas (conf. art. 69 CPCC), regulándose los honorarios del apoderado de la demandada, Dr. D. R. G. L. en el 25% (veinticinco por ciento) de los que les corresponden por la labor en Primera Instancia y los del apoderado de la parte actora, Dr. J. A. I., en el 15% (quince por ciento) de los que les corresponden por la labor en Primera Instancia, ambas regulaciones con más el porcentual del I.V.A. si correspondiere (conf. arts.3, 5, 13 y concs. Ley XIII N° 15).

Con respecto al recurso interpuesto por la parte actora y atento a la forma como el mismo ha sido resuelto, propongo imponer las costas en un 60% a la parte demandada y en un 40% a la parte actora (conf. art. 72 CPCC), regulando los honorarios del apoderado de la parte actora, Dr. J. A. I., en el 15% (quince por ciento) de los que les corresponden por su actuación en Primera Instancia con más el porcentual del I.V.A. si correspondiere (conf. arts. 3, 5, 13 y concs. Ley XIII N° 15).

<u>A LA PRIMERA CUESTION</u> propuesta, voto **<u>PARCIALMENTE POR LA AFIRMATIVA</u>.**

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, dando cumplimiento con ello a las exigencias formales establecidas en el art. 166 del C.P.C.C. en lo pertinente, de manera que abordaré directamente las cuestiones traídas a decisión de esta Alzada.

2.

Agravios de la parte demandada

Tal como lo señala el Dr. FIORDELISI en el precedente voto, la parte demandada ha centrado sus agravios en tres puntos, y en ese orden me expediré.

En primer término, se agravia por cuanto sostiene la equivocación del pronunciamiento en orden a que el despido ha sido incausado.

Surge de la documental aportada por la actora, que ésta intimó con fecha 03.06.09 al pago del sueldo anual complementario correspondiente al segundo semestre de 2008 (ver fs. 12), circunstancia que fue reconocida por la demandada.

Tal extremo implicó, tal como lo sostiene el Sr. Vocal de voto anterior, un grave incumplimiento contractual, ya que el pago de ese concepto constituye, en tanto retribución del trabajador, una de las principales obligaciones del empleador, atento su naturaleza alimentaria.

También tengo para mí, que el trabajador condujo su conducta dentro del marco de los arts. 510 y 1201, Cód. Civil, reteniendo tareas hasta tanto se hiciera efectivo el cumplimiento de las obligaciones a cargo de la accionada.

Partiendo de la premisa que edicta el art. 74, LCT, en cuanto a que el empleador está obligado a satisfacer el pago de la remuneración debida al trabajador en los plazos y condiciones previstos en la ley y siendo el sueldo anual complementario un tipo de remuneración en los términos de los arts. 103 y 121, LCT, es obligación del empleador hacerlo efectivo en las fecha indicadas en el art. 122, de dicho cuerpo legal.

Asimismo, rigiendo en la materia la mora automática del art. 137, no queda duda alguna en el sentido que el empleador había incurrido en ella al momento de la intimación de fs. 12.

La excepción de incumplimiento del art. 1201, Cód. Civil, encuentra su razón de ser en la característica que ofrecen las obligaciones recíprocas que surgen de todo contrato bilateral, que es aquél en el cual las partes se obligan recíprocamente la una hacia la otra (art. 1138, in fine, cód. cit.), extremo que se aplica perfectamente al contrato de trabajo, cuyo distracto se analiza.

De allí que el *sygnallama*, implica una interdependencia tan natural entre las obligaciones de una y otra parte que, no sólo se violaría la común intención de los contratantes, si se permitiera a una de ellas exigir a la otra el cumplimiento de la obligación de ésta sin haber cumplido u ofrecido cumplir la suya, sino que se dejaría de lado la lealtad y buena fe que siempre deben observarse, tanto en la formación, como el cumplimiento de los contratos.

Y, en verdad, siendo recíprocas las obligaciones contraídas, la ejecución debe ser, también, simultánea, salvo que, de la naturaleza del contrato o de las circunstancias o de lo convenido expresamente, resultare que una de ellas debe cumplir su prestación en primer término (arg. art. 1201, cód. cit.).

Pero, aun en esa hipótesis, el principio del cumplimiento simultáneo de las prestaciones en los contratos sinalagmáticos recobra su imperio cuando

circunstancias especiales puedan hacer temer que la prestación de una de las partes no halle su correlación en la prestación de la otra.

Es, entonces, indudable que el fundamento jurídico del principio sentado en el art. 1201, Cód. cit., radica en la interdependencia de las obligaciones recíprocas emergentes de todo contrato bilateral. Y la ejecución simultánea de tales obligaciones, o sea, el cumplimiento *trait pour trait, donnant donnant, Zug tim Zug,* es la consecuencia- más natural, más asequible de esa correlación, de esa vinculación económica de las prestaciones. Si a ello agregamos el principio de la buena fe que, a diferencia del derecho romano, rige para todos los contratos, podríamos afirmar, con los canonistas, que exigir el cumplimiento de una prestación, no habiendo cumplido con la propia ni ofrecido cumplirla, importa violar la fe, la lealtad que las partes se deben: *man servanti fidem non est fides servando* (Cfr. SPOTA, Alberto G., "La *exceptio non adimpleti contractus*", L.L. 17, 217, Obligaciones y Contratos Doctrinas Esenciales Tomo IV, 743).

En ese entendimiento, corresponde analizar las condiciones de su ejercicio, y determinar así si en el caso el actor ejerció válidamente la retención de tareas, teniendo en cuenta el agravio de la demandada, en cuanto: a) si dicha deuda generaba en el actor el derecho de no presentarse a embarque; b) si la suma de dinero reclamada era de suficiente entidad para justificar su falta de embarque. Ello, frente a la manda del art. 991, Cód. Comercio, que invoca el quejoso en su agravio.

Del referido art. 1201, Cód. cit., surgen sus condiciones de aplicación, a saber:

A. **Debe tratarse de un contrato bilateral,** extremo al que ya me he referido;

B. El cumplimiento de las obligaciones debe ser simultáneo. El art. 1201, cód. cit., prescribe que una de las partes no puede pedir el cumplimiento de la obligación de la contraparte, salvo en estos casos: que ya hubiere cumplido su prestación u ofreciere cumplirla; que su obligación fuera a

plazo. De ello se infiere que la *exceptio* no procede cuando las partes han convenido, expresa o implícitamente, un orden en el cumplimiento de las obligaciones recíprocas. Así, si una de las partes goza del beneficio del plazo, ya no es posible que, ante la acción que inicie contra la otra para que ejecute su prestación ésta pueda con éxito oponerle la *exceptio* . No es esto último el caso de autos. El empleador debe al trabajador la remuneración, aunque éste no preste servicios, por la mera circunstancia de haber puesto su fuerza de trabajo a disposición de aquél (arg. art. 103, última parte, LCT);

C. La "exceptio" puede aplicarse en tanto no se viole la buena fe contractual (arg. art. 63, LCT). Y, en verdad, ¿cuándo el juez puede considerar que el actor ha incurrido en el incumplimiento que autoriza la *exceptio* opuesta por el demandado (léase retención de tareas)?.

C.1. Para que autorice la deducción de la *exceptio*, requiere que se refiera a la obligación principal y resulte suficientemente grave: en la falta de cumplimiento a una obligación accesoria. Lo contrario implicaría violar la lealtad y la buena fe contractual.

Dentro del "paquete" de derechos y obligaciones que nacen al anudarse una relación jurídica, sea ésta de carácter laboral o de otra índole, cabe distinguir las de cumplimiento, que se refieren al tema de la relación (poner la capacidad a disposición de la otra parte, recibir el trabajo, abonar el salario, etc.), de las de conducta, que obligan a determinadas acciones o modos que vienen a ser, en cierta manera, complementarias de aquéllas: no agravar la situación de la otra parte, tanto en el orden biológico como psicológico y económico; dar aviso de los inconvenientes surgidos para evitar daños, prestar la colaboración y hasta el servicio extraordinario que se requiera en situaciones anormales, etcétera. Éstas exceden el limitado campo de la relación contractual y se proyectan a otros aspectos de la vida (cfr. VÁZQUEZ VIALARD, Antonio, "Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social", T° I, Ed. Astrea, Bs.As., 8ª. Edición, 1999, p. 360).

No cabe duda que el empleador incumplió con una obligación principal, lo que tuvo como correlato el incumplimiento, por parte del trabajador, de una obligación de no menor entidad, circunstancia que permite, hasta aquí reconocer el derecho que el trabajador ha ejercido en el sentido de la retención de tareas.

C.2. El incumplimiento debe ser serio, de suficiente entidad; debe aquilatarse de acuerdo con los antecedentes de la causa, con la amplitud de lo no cumplido, quedando ello librado a la apreciación judicial, según las circunstancias del caso.

Según ROPPO, el tema puede útilmente afrontarse sólo poniendo en correlación el incumplimiento justificante con el incumplimiento justificable, que se opone al primero, y ejemplifica: si A incurre frente a B en incumplimiento de escasa importancia, parece justificado que B responda con un incumplimiento también de escasa importancia (del cual no podrá ser llamado a responder). En cambio, no parece justificado que responda con un incumplimiento tan grave que dé lugar a la resolución. Vale, en suma, un principio de proporcionalidad.

Este es el principio que debe iluminar la valoración del incumplimiento justificado, siendo la buena fe el principio fundamental al que se reconduce la valoración comparativa de los dos incumplimientos, dirigida a determinar la necesaria proporcionalidad del uno respecto del otro; y más, en general, cualquier otro criterio útil para decidir si el autor del incumplimiento-respuesta usa legítimamente la excepción, o por el contrario abusa (cfr. ROPPO, Vincenzo, "El Contrato", Trad. del italiano de Eugenia Ariano Deho, Ed. Gaceta Jurídica, Lima, 2008, p. 903/904).

Para la inmensa mayoría -casi la totalidad- de los trabajadores subordinados, el salario tiene una muy evidente finalidad de subsistencia: se trabaja para vivir, es decir, para procurarse los bienes y servicios que requiere la vida del trabajador y, si es el caso, su familia.

A su vez, los trabajadores subordinados constituyen la mayoría de la población económicamente activa de cada país, en la actual organización de la producción.

Esas dos circunstancias -necesidad del salario para vivir en la mayoría de la población activa-, hacen que el ordenamiento jurídico reconozca una especial relevancia a la protección del crédito salarial.

De allí, que el salario tiene una finalidad de subsistencia para quien recibe esa prestación.

Pues en el contrato de trabajo, la lealtad mutua y el deber de previsión predominan a tal punto que el incumplimiento de la obligación del empleador de pagar la remuneración, cuando adquiere cierta gravedad, puede muy bien justificar la negativa del trabajador.

Incluso hay lugar a considerar más grave ‘‘no cumplir’’ un pago anterior pretendiendo que se cumpla el trabajo posterior al ya no pagado que pretender que se cumpla una obligación estrictamente simultánea sin cumplir la propia (cfr. LÓPEZ LASANTA, Justo, “El salario”, en Instituciones de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social”, UNAM, México, 1997, p. 447 y ss.).

Por tales argumentos, soy de la opinión que el trabajador ejerció debidamente su derecho a retener tareas, ya que la naturaleza y entidad de la deuda pendiente con él justificaba tal conducta.

En orden a la referencia que formula el quejoso respecto a la aplicación del art. 991, Cód. Comercio, es dable destacar que en la materia rige el art. 9, LCT, en el sentido de la norma más favorable al trabajador.

En función de las argumentaciones vertidas respecto al derecho que el trabajador tuvo para retener tareas, soy partidario de sostener que las normas que le sirven de sustento – y se citan precedentemente- propias del ordenamiento jurídico laboral, han de prevalecer sobre una comercial, como la que refiere el quejoso.

En la misma línea de ideas que el Dr. FIORDELISI, también considero que este aspecto del agravio debe rechazarse.

Con respecto al segundo agravio, la quejosa sostiene que el sueldo anual complementario correspondiente al segundo semestre de 2008 no debió ser mandado abonar en la forma en que lo hizo el pronunciamiento de grado. Sostiene, en tal sentido el agravio, que, atento la fecha de la presentación del concurso de la demandada (03.12.2008), debió distinguirse la deuda entre concursal (período transcurrido entre el 01.07.2008 y el 03.12.2008) y pos-concursal (período comprendido entre el 04.12.2008 y 31.12.2008).

Tal como lo ha sostenido el Sr. Fiscal General ante la Cámara Nacional del Trabajo (Fallo Plenario N° 274 y N° 322, eldial.com AA 5987), no debe confundirse el nacimiento de un derecho con la fecha a partir de la cual la obligación se torna exigible, o sea, el plazo como modalidad. El aguinaldo se devenga con el trabajo cotidiano, pero se torna exigible en las fechas precisas a las que alude el art. 122, LCT y por eso es "anual". La alusión a lo "mensual" en el art. 245, LCT, sólo hace a la parcialización temporal del pago de la remuneración. Con el criterio que todo lo sustenta en el verbo "devengar", perdería sentido la referencia temporal en la normativa, porque también podría decirse, con el mismo estatuto de verdad, que el sueldo mensual se devenga "día por día", y que el sueldo diario se devenga "hora por hora". El tiempo humano admite subdivisiones infinitas.

Por otra parte, se ha dicho, en opinión que comparto, que se trata de un verdadero salario de pago diferido (cfr. Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, sala VIII, 26/10/2010, in re: "Arce, Ramón José y otros c. Telecom Argentina S.A.", IMP 2011-2, 292, AR/JUR/67064/201), ya que su obligación se tornó exigible, en el caso de autos, el 31.12.2008, y no antes.

Y, en ese sentido, se torna inaceptable la suposición que formula el apelante en el sentido que si el trabajador hubiera sido despedido el día de su concursamiento, sólo le hubiera correspondido una suma proporcional -

debiendo verificar el crédito en el marco del concurso- pues, la solución que prevé en el imaginario ejemplo, sólo queda configurada para el supuesto de la extinción laboral (arg. art. 123, LCT), mas no cuando la relación continuó vigente, como sucedió en autos.

En definitiva, el agraviado peca de confundir justamente lo que aclaré anteriormente: una cosa es "devengar" y otra bien distinta es tornar a la obligación "exigible". Claro está que, si hubiera despedido al actor el 03.12.08, la obligación se hubiera tornado exigible ese día; pero no habiendo sido así, tal exigibilidad operó recién el 31.12.2008, y no antes, por lo que no me caben dudas que el crédito del actor tiene naturaleza pos-concursal, y cabe entonces desestimar esa parcela del agravio.

En cuanto a su tercer agravio, también adelanto mi opinión en el sentido de su rechazo.

Sostengo en la misma línea de ideas del Sr. Juez de voto anterior que el CCT de aplicación es el 356/03, el que no refiere a topes.

No obstante, y a mayor abundamiento, he de señalar que el art. 4, al referir a las normas aplicables, establece que "la relación de trabajo entre los tripulantes de marinería y maestranza y el propietario o armador del buque, se regirá por este Convenio Colectivo de Trabajo y por un Contrato de Ajuste, según Anexo II. En defecto de previsiones en este Convenio y en las normas a las que él se remite y en cuanto no pueda acudirse a la analogía, serán aplicables las leyes laborales generales vigentes en las condiciones que resultan del artículo 2 de la ley de contrato de trabajo", por lo que no deja lugar a dudas acerca de la aplicación del art. 245, LCT.

Y, siendo que esta última norma no hace referencia a tope indemnizatorio que no sean los límites impuestos por el 2° párrafo de dicho precepto legal (inaplicable al supuesto de autos) debe estarse a lo normado por la última parte del primer párrafo, tal como lo asevera el Sr. Juez preopinante.

Sumado ello al reconocimiento que formula la Res. 73/03 en el sentido de no fijar base promedio ni monto indemnizatorio.

Por tales razones, también sostengo que no resulta admisible la fijación del tope que intenta la demandada en su queja, y debe por lo tanto, ser desestimada.

No puedo soslayar, no obstante, que el pronunciamiento da razones suficientes para decidir del modo en que lo hace, sin que la demandada hubiese rebatido en su queja con fundamentos que permitan variar la suerte del tópico en análisis, limitándose a mi juicio, a discrepar con aquél.

3.

Agravios de la parte actora

En el mismo sentido que lo expresado por el Sr. Juez de voto anterior, opino que el apelante se limita a discrepar con el decisorio atacado, en el aspecto que señala.

En este sentido, el decisorio indicó que desde el 05.01.09 hasta el 22.06.09, el actor acumuló un total de $ 7.881,05 , no obstante entiende procedente deducirse las sumas pagadas, esto es, $ 300 – en diciembre, en que gozó de francos y vacaciones-, tomándolos como "pago a cuenta" y $ 803,57 en marzo, abril y mayo, disponiendo que corresponde el reintegro al actor del descuento de mayo por no encontrarse acreditado su pago.

No se advierte que del acta de fs. 220 (no, fs. 218) la demandada hubiera reconocido expresamente no haber realizado pago alguno al actor; se trata de una mera deducción que formula el quejoso. Y como tal, no puede admitirse como crítica razonada y concreta que conmueva el decisorio (arg. art. 268, del CPCC).

En cuanto al segundo de los agravios seguiré la línea de ideas del Sr. Vocal preopinante, ya que, reconocida por el pronunciamiento la improcedencia de los descuentos de $ 2050, no fue incluida, a mi juicio, esa cifra en el

cálculo del apartado III) de los Considerandos, omitida también en la parte dispositiva del Fallo. Debe tener favorable acogida la queja e incluir la diferencia mencionada en el modo en que lo indica el Dr. FIORDELISI en su voto.

En cuanto a la queja sobre la mejor remuneración mensual, normal y habitual, el pronunciamiento señala que corresponde que sea el del mes de agosto de 2008, y que la Sra. Jueza fija en $ 10.911,49.

Así lo reconoce el actor en el libelo de demanda (ver pto. 10, fs. 36), sin perjuicio de dejar sujeta esa cifra a la determinación pericial, refiriendo en dicha ocasión "conforme surge del recibo de haberes que acompaño". Frente a tal salvedad formulada, soy de la opinión que las cosas hablan por sí mismas, no existiendo hecho sobreviviente alguno que autorice a variar la postura que el propio apelante adoptó en su demanda, ya que no es admisible colegir que el actor no tuviera conocimiento al momento de proponerla de la existencia de rubros que superaran la propia cifra que denunció como válida a los efectos del cómputo del rubro.

Sucede que ahora, frente a una pericia contable favorable – y que en sentido coincidente con la Sra. Jueza de grado, errónea en el cálculo del rubro en análisis – el actor varía su postura original, optando por otra senda.

Soy partidario del criterio que sostiene que, en materia laboral, la doctrina de los actos propios es de limitada aplicación y encuadra siempre que se encuentre el caso fuera del ámbito de protección de ese fuero (Cfr. Cám. Apel. Trelew, Sala A, in re: "V., P. F. c/ C. D. H. R. S.A. y/otro s/ cobro de pesos - laboral" Expte. N° 290 - año: 2008; 23.02.09). La última salvedad referida es, justamente, aplicable al caso. No se trata de un acto propio del trabajador, sino del letrado que confeccionó su demanda y el fundamento de la apelación de la sentencia.

La Sra. Jueza a quo se encargó de aclarar que en el mes de junio de 2009 se habían liquidado 69 días, dando fundamento de ello. Efectuó un prorrateo

por el período mensual y arribó a una suma inferior que la del mes de agosto, por lo que descartó que junio/2009, fuese el período a aplicar.

Es decir, contra sus propias afirmaciones, y sobre la base de lo consignado en la certificación de fs. 21/24 - documental emanada de la accionada que él mismo presentó y nada señaló al respecto- procura ahora sostener que la mejor remuneración fue la del mes de junio de 2008, de $ 15.604,11.

Soy de la idea, y así lo he sostenido en otros pronunciamientos (SDL N° 37/11), que el certificado de servicios y remuneraciones es una exigencia que deriva del art. 80, LCT, imponiéndole al empleador, entre otras cargas, la de entregar la "constancia de los sueldos percibidos", mas no los que debió percibir. Es decir, el certificado debe contener lo que efectivamente el trabajador percibió en el período en cuestión, sin que corresponda el análisis de la procedencia o no de los conceptos que tal período incluye. Sólo debe reflejar la realidad de lo percibido.

Por otra parte, debo señalar que el apelante no justifica las articulaciones que formula respecto a la procedencia de los 31 días de navegación más un feriado, que apunta en su apelación para rebatir el argumento esgrimido por el pronunciamiento de grado, lo que, a mi entender, convierte a la queja en una discrepancia, mas no en un ataque frontal fundado del decisorio. Ninguna relación guarda ello, finalmente, con lo reclamado en la demanda.

No soslayaré que el art. 126, inc. a), LCT, señala que al personal mensualizado debe abonársele al vencimiento de cada mes, sin que los días trabajados que excedan tal período, puedan ser juzgados como integrantes del mismo a los efectos del cálculo de las remuneraciones.

En ese sentido, se ha señalado que las retribuciones devengadas y/o percibidas con una frecuencia de pago distinta a la mensual, salvo supuestos de diferimiento fraudulento, no deben computarse para la base de cálculo de la indemnización del art. 245 de la Ley de Contrato de Trabajo

(cfr. Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, sala II, 29/09/2009, in re: "Destefano, Eduardo Ernesto c. Compañía Láctea del Sur S.A.", La Ley Online; AR/JUR/40115/2009).

Sostengo que esta porción del agravio debe ser desestimada.

4.

Con relación a las costas de esta Instancia, soy partidario que las mismas sean soportadas en el modo en que las establece el Sr. Juez de primer voto (arg. art. 69, 2ª. parte). En igual sentido me expido respecto de la regulación de honorarios, en orden al mérito y labor de las tareas de los Sres.

Por todo lo expuesto, **PARCIALMENTE** por la **AFIRMATIVA**

A LA SEGUNDA CUESTION, el Sr. Juez de Cámara Dr. Heraldo Enrique Fiordelisi dijo:

La perito contadora actuante en autos ha interpuesto recurso de apelación por considerar bajos los honorarios que se le han fijado por su labor cumplimentada en autos. En la fundamentación de su recurso hace referencia al trabajo desarrollado, la complejidad y extensión del mismo y la diversidad de los puntos sobre los que debió expedirse. Considera que haber fijado un 2% es apenas superior al mínimo legal establecido por la ley arancelaria, lo cual es injusto.

Atento a la labor desarrollada por la experta, los temas que debieron considerarse conforme le fueran requeridos y las explicaciones que brindara oportunamente en autos, soy de la opinión que le asiste razón a la apelante. En consecuencia y de conformidad con lo previsto por los arts. 5, 38, 60 y concs. de la Ley XIII N° 15, considero justo fijar sus honorarios por la labor cumplida en Primera Instancia en el 3,5% del monto que en definitiva surja en la etapa de ejecución de sentencia (capital más intereses),

modificándose así la regulación practicada en la sentencia en crisis. Así lo voto.

A LA SEGUNDA CUESTION, voto por la **NEGATIVA**.

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

Atento las consideraciones vertidas por el Sr. Juez de voto anterior, teniendo en cuenta la calidad de la tarea desarrollada, pero también la incidencia que parcialmente tuvo su dictamen en el decisorio de grado, soy de la opinión de elevar los honorarios profesionales de la perito contadora, del modo en que el magistrado preopinante lo practica.

Así lo voto

A LA TERCERA CUESTION, el Sr. Juez de Cámara Dr. Heraldo Enrique Fiordelisi dijo:

Teniendo en cuenta los fundamentos vertidos en mi voto y de ser compartidos los mismos por mis colegas de la Cámara, el pronunciamiento que correspondería dictar sería el siguiente:

1) REVOCAR PARCIALMENTE la sentencia de fs. 221/228 en cuanto no ordena reintegrar al actor los rubros “anticipo de haberes” y “programa de recuperación productiva” cuyos descuentos considerara improcedentes.

2) NO ADECUAR las costas de la Primera Instancia por cuanto han sido impuestas a la parte demandada que resultó vencida en el proceso.

3) IMPONER las costas de la presente Instancia a la parte demandada por el recurso por ella interpuesto y que resultara perdidosa (conf. art. 69 CPCC), regulándose los honorarios del apoderado de la demandada, Dr. D. R. G. L. en el 25% (veinticinco por ciento) de los que les corresponden por la labor en Primera Instancia y los del apoderado de la parte actora, Dr. J. A. I., en el 15% (quince por ciento) de los que les corresponden por la labor en

Primera Instancia, ambas regulaciones con más el porcentual del I.V.A. si correspondiere (conf. arts.3, 5, 13 y concs. Ley XIII N° 15). Con respecto al recurso interpuesto por la parte actora y atento a la forma como el mismo ha sido resuelto, imponer las costas en un 40% a la parte demandada y en un 60% a la parte actora (conf. art. 72 CPCC), regulando los honorarios del apoderado de la parte actora, Dr. J. A. I., en el 15% (quince por ciento) de los que les corresponden por su actuación en Primera Instancia con más el porcentual del I.V.A. si correspondiere (conf. arts. 3, 5, 13 y concs. Ley XIII N° 15).

4) MODIFICAR la regulación de honorarios fijados en primera Instancia a la perito Contadora C. N. C., fijando los mismos en el 3,5% del monto que en definitiva surja en la etapa de ejecución de sentencia (capital más intereses) (conf. arts. 5, 38, 60 y concs. de la Ley XIII N° 15).

5) De forma.

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

Que en orden a lo expuesto precedentemente, corresponde que el pronunciamiento a dictarse sea el propuesto por mi colega de Cámara.

Así lo voto

Con lo que se dio por terminado el acuerdo, dejándose constancia que la Dra. María Inés de VILLAFAÑE no emitió opinión por haberse formado la mayoría (arts. 7 y 8 de la Ley V N° 17) pasándose a dictar sentencia.

Puerto Madryn, de septiembre 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 sentencia de fs. 221/228 en cuanto no ordena reintegrar al actor los rubros "anticipo de haberes" y "programa de recuperación productiva" cuyos descuentos considerara improcedentes.

2) NO ADECUAR las costas de la Primera Instancia por cuanto han sido impuestas a la parte demandada que resultó vencida en el proceso.

3) IMPONER las costas de la presente Instancia a la parte demandada por el recurso por ella interpuesto y que resultara perdidosa (conf. art. 69 CPCC), regulándose los honorarios del apoderado de la demandada, Dr. D. R. G. L. en el 25% (veinticinco por ciento) de los que les corresponden por la labor en Primera Instancia y los del apoderado de la parte actora, Dr. J. A. I., en el 15% (quince por ciento) de los que les corresponden por la labor en Primera Instancia, ambas regulaciones con más el porcentual del I.V.A. si correspondiere (conf. arts.3, 5, 13 y concs. Ley XIII N° 15). Con respecto al recurso interpuesto por la parte actora y atento a la forma como el mismo ha sido resuelto, imponer las costas en un 40% a la parte demandada y en un 60% a la parte actora (conf. art. 72 CPCC), regulando los honorarios del apoderado de la parte actora, Dr. J. A. I., en el 15% (quince por ciento) de los que les corresponden por su actuación en Primera Instancia con más el porcentual del I.V.A. si correspondiere (conf. arts. 3, 5, 13 y concs. Ley XIII N° 15).

4) MODIFICAR la regulación de honorarios fijados en primera Instancia a la perito Contadora C. N. C., fijando los mismos en el 3,5% del monto que en definitiva surja en la etapa de ejecución de sentencia (capital más intereses) (conf. arts. 5, 38, 60 y concs. de la Ley XIII N° 15).

5) REGISTRESE, NOTIFIQUESE y DEVUELVASE.

REGISTRADA BAJO EL N° 043 SDL. CONSTE.