En la ciudad de Puerto Madryn, a los días del mes de marzo del año 2012, se reúne la Excma. Cámara de Apelaciones, con la Presidencia del Sr. Juez de Cámara Dr. Mario Luis VIVAS y la asistencia de los Sres. Jueces de Cámara Dr. Heraldo Enrique FIORDELISI y María Inés de VILLAFAÑE para celebrar Acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **"G. C. M. C/ P. A. S.A. S/ COBRO DE PESOS-LABORAL" (Expte. Nº 290 - Año 2011)** venidos del Juzgado de Primera Instancia en lo Laboral Nº 1, (Expte. 373- año 2008), en apelación Los Sres. Magistrados resolvieron plantear las siguientes cuestiones: **PRIMERA:** ¿Se ajusta a derecho la sentencia apelada? y **SEGUNDA:** ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar? y expedirse conforme el sorteo practicado a fs. 169.

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

1) Antecedentes y la Sentencia.

Llegan los autos a esta Alzada en virtud del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia por la parte actora (fs. 144) y por la parte demandada (fs. 145), los cuales fueron concedidos a fs. 146, fundado a fs. 148/149 por la actora y a fs. 151/154 por la demandada y cuyos traslados fueron contestados en tiempo y forma (fs. 156/160 vta.).

La sentencia recurrida hizo lugar parcialmente a la demanda condenando a P. A. S.A. a abonar a C. M. G., previo los descuentos legales que correspondan, dentro del quinto día y mediante depósito judicial en autos, la suma de $ 18.574,73.- (Dieciocho mil quinientos setenta y cuatro pesos con setenta y tres centavos), 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. Las

costas fueron impuestas en un 90% a cargo de la demandada y en un 10% a cargo de la actora, regulándose los honorarios de los profesionales intervinientes.

Para así decidir la Magistrada *a quo* consideró que corría la demandada con la carga procesal de acreditar la injuria impeditiva del vínculo que motivara su decisión rupturista. Tuvo en cuenta que el concepto de injuria regulado por la LCT es aplicable a la gente de mar, lo cual se complementa con las causales que contemplan los arts. 991 y 1000 del Cód. de Comercio, entre las que se encuentra el no presentarse a bordo en la fecha y hora señalada para comenzar sus servicios.

Consideró la sentenciante que la demandada no logró acreditar la injuria impeditiva del vínculo dado que por el desarrollo de los hechos era evidente que el actor no podría presentarse a embarque porque le faltaba el documento habilitante, ya se tratara de la libreta de embarque o de la cédula de embarco. Destaca la sentencia que de conformidad con el informe obrante en autos de la Prefectura Naval Argentina, se desprende con claridad que para la obtención y renovación de las cédulas de embarco para operarios de planta -como el actor-, que no integran la dotación de seguridad del buque, es condición determinante el pedido de la empresa armadora mediante nota de solicitud para determinado buque.

Tuvo en cuenta también la magistrada del inferior que la empresa pudo pretender que en vez de tener ella que efectuar la solicitud, fuera el trabajador quien realizara la tramitación, pero que si así era, un elemental prurito de buena fe le imponía notificar al trabajador tal decisión en tiempo oportuno. Contrariamente a ello, dice la sentenciante, fue el trabajador quien desde enero de 2008 empezó a solicitar a la empresa la nota en cuestión, sin que la demandada haya fijado postura hasta una fecha posterior a la notificación a embarque.

Luego de analizar los despachos postales intercambiados entre las partes la sentencia concluye afirmando en que contestes todos en el hecho de que resulta imposible embarcarse si no se tiene cédula o libreta de embarco, evidente resulta que la pretensión de la demandada, en el sentido de que G. embarcara el 13/03/08 era a esas alturas de cumplimiento imposible y no por desidia del trabajador. Destaca que la empresa estaba en pleno conocimiento de que el trabajador no podría embarcar por disposición empresaria ya que ni indicó al trabajador en tiempo oportuno que debía tramitar la libreta de embarque, ni facilitó la nota necesaria para que el actor tramitara la cédula de embarco y es por ello que considera que no pudo tener la falta de presentación a embarque como injuria impeditiva del vínculo dado que no hubo negligencia imputable al actor. Es por ello que resolvió que la demanda prospera en cuanto pretende las indemnizaciones derivadas de la ruptura del vínculo.

Con respecto al cálculo de la base indemnizatoria para el despido, consideró la sentenciante que rige en el caso el art. 245 de la L.C.T. tanto en lo relativo a la base (mejor remuneración mensual, normal y habitual devengada durante el último año de servicio o período menor) como en cuanto a la aplicación del tope indemnizatorio correspondiente. Atento no haber sido cuestionada la suma informada como mejor remuneración mensual, normal y habitual del actor por el perito contador ($ 5.524,91.-), tuvo en cuenta la misma para calcular la indemnización por antigüedad, ello teniendo en cuenta que se trata de trabajadores con remuneraciones variables, pero con rubros habituales, por lo que no resulta factible promediar las remuneraciones.

En lo que respecta al “tope” sostiene la sentencia que cuando se pretende que la indemnización por despido arbitrario se reduzca de acuerdo al tope vigente del art. 245 LCT -que refiere el salario de convenio colectivo- el interesado debe denunciar el convenio colectivo aplicable y demostrar que

el resarcimiento supera el tope y que el Juez no puede aplicar los convenios colectivos de oficio ya que éstos deben ser denunciados por las partes si se pretende su aplicación. De todos modos, deja plasmado que los convenios del sector no tienen tope (ni el CCT 175/75 ni el CCT 356/03) y que no puede aplicarse el tope fijado en un convenio que no rige la actividad (se refiere al CCT 155/91). Es por ello que resuelve que ante la conducta omisiva del Ministerio de Trabajo, se debe prescindir de la aplicación del tope indemnizatorio en este caso.

Con relación al agravamiento previsto por el Art. 2 de la Ley 25.323, tuvo en cuenta que el fallo plenario de la CNAT Nº 326 del 09/05/2011 dispuso que el incremento en cuestión se aplica a los trabajadores marítimos, por lo que hace lugar al mismo pero sólo con respecto al rubro *"indemnización por antigüedad"*, dado que el *"adicional por rescisión de contrato"* no es técnicamente equiparable a la indemnización sustitutiva del preaviso, si bien los montos resultan similares.

Con respecto al reclamo de la actora de los rubros integrativos de la liquidación final -SAC y vacaciones proporcionales- como también los días a la orden durante Febrero de 2008, los consideró percibidos por el actor atento el informe de la institución bancaria donde el actor tenía abierta la caja de ahorro donde se le depositaban sus haberes y por también así haberlo determinado en su dictamen el perito contador actuante en autos, sin que la parte haya impugnado ni el informe ni el dictamen pericial en este punto.

De conformidad con lo expuesto, la demanda prosperó por los siguientes rubros y conceptos: a) Indemnización por Antigüedad: $ 11.049,82.-; b) Adicional Rescisión de Contrato: $ 2.000.-; c) Art. 2 Ley 25.323 (50% de a)): $ 5.524,91.-, lo que hace un total de $ 18.574,73.- con más los intereses a la tasa activa ya referida aquí desde que cada suma es debida hasta el pago efectivo.

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

Se agravia la parte actora porque la sentencia, si bien admite la aplicación del recargo establecido por el artículo 2 de la Ley 25.323, lo hace sólo sobre el rubro "indemnización por antigüedad" y no sobre el importe que corresponde por "adicional por rescisión de contrato" establecido por el art. 12 del CCT 370/71. Esgrime que este adicional es similar a la indemnización sustitutiva de la falta de preaviso contemplado por la LCT y que, por lo tanto, el recargo en cuestión debe aplicarse también sobre dicho adicional por rescisión contractual.

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

a) El primer agravio de la demandada apunta a que su parte no actuó de mala fe para con el actor y que, a contrario de lo que resolvió la sentencia, se configuró la injuria que justificó el despido.

Afirma que no es lo mismo la cédula que la libreta de embarque dado que si bien con la primera es posible embarcar, se trata de un documento de excepción y que la libreta constituye una habilitación efectiva y por un período de tiempo mayor. Agrega que el actor conocía que debía obtener la libreta de embarque y que la cédula era un documento excepcional; sin embargo, no realizó los trámites normales para obtenerla. Considera que su parte no debió intimar previamente y por escrito al actor para que obtenga su libreta dado que es la documentación regular que todo tripulante debe tener y que el actor lo sabía, por lo que es un excesivo ritualismo exigir que las empresas recuerden a sus trabajadores el cumplimiento de sus obligaciones, máxime cuando ellas son conocidas. Concluye el punto afirmando que su parte no despidió sin más al actor ya que el ofreció darle el plazo necesario para que cumpla sus obligaciones y conserve su empleo.

A ello el actor guardó silencio, no dejando otra alternativa para la empleadora que terminar con la relación laboral.

b) El segundo agravio está dirigido al cálculo de la base indemnizatoria y que en su resolución la sentenciante no siguió los parámetros fijados por el perito contador actuante en autos. Según la queja la base debe fijarse promediando las remuneraciones del actor dado que las mismas son variables, lo contrario implica un enriquecimiento sin causa para el trabajador.

c) Finaliza la queja haciendo referencia al "tope indemnizatorio" y sostiene que el CCT 155/91 fijó el tope y que los Convenios posteriores (175/75 y 356/03) modificaron ciertas cuestiones pero no la relativa al "tope", el cual sigue vigente y que lo que se pretende es que se aplique el tope de un convenio de la actividad misma y no por analogía.

Por cuestiones de método se impone la necesidad de tratar los agravios de la demandada en primer término, dejando los de la actora para la segunda parte de la exposición.

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

4.1) <u>La acreditación de la injuria que justificó el despido</u>.

La demandada sostiene que ante la conducta esgrimida por el actor al no obtener la libreta de embarco, quedó plenamente justificada la ruptura del vínculo laboral por la causal de no haberse presentado a bordo en el día y hora oportunamente indicados por la empresa.

En casos como el aquí planteado, es necesario analizar el comportamiento de las partes en las etapas previas a la conclusión a la cual se llegó mediante el despido dispuesto por el empleador.

De la documentación reservada aportada como prueba, surge que el día 21 de Enero de 2008 (fs. 33) el actor remitió un telegrama en el cual -además de otros reclamos- le solicita a su empleador que en el término de dos días le entreguen la nota correspondiente para tramitar la "cédula de embarco". Esto fue respondido por la patronal mediante la C.D. del 23/01/08 (fs.32) en la que nada se le dice sobre el reclamo de la "nota de la empresa" requerida por el actor.

Se llegó así al día 03/03/08 en el que el actor vuelve a pedir por telegrama a su empleador la entrega de la nota de la empresa para poder renovar la cédula de embarco (fs. 29). Al día siguiente (04/03/08) la empresa le notifica al actor que deberá embarcar el día 13 de Marzo de 2008 (fs. 28) y el día 07/03/08 la empresa contestó mediante C.D. obrante a fs. 26 en la cual rechaza lo solicitado por el actor el 03/03/08 diciendo que la cédula de embarco es un mecanismo de excepción y transitoriedad, negando que la empresa deba solicitar la renovación de la cédula y alegando que es exclusiva responsabilidad del actor la obtención y renovación de la libreta de embarque *"…único documento válido permanentemente para proceder a embarque…"* (sic). En el mismo despacho lo citan nuevamente a embarcar el día 13/03/08 debiendo concurrir munido de la libreta de embarque *"…de no poseerla deberá Ud. comunicarlo a la Empresa, como así también su deseo, o no, de solicitar una licencia sin goce de haberes para tramitar la misma…"* (sic).

Conforme telegrama de fs. 24, el 10/03/08 el actor le notifica telegráficamente a la empresa: *"Por favor solicito nota de empresa para cumplir con el embarque en el B/P P. V sin la cual no puedo tramitar lo necesario ante la Prefectura esto ya lo pedí en forma verbal ante N. y por escrito"*. Este requerimiento fue respondido por la empleadora mediante la C.D. del 12/03/08 (fs. 23) en la cual reitera su postura anterior y dan por finalizado el intercambio epistolar.

Se llega así al día 14/03/08 en la que la empresa, mediante CD de esa fecha (fs. 19) considera resuelta la relación laboral por no haberse presentado el actor a embarcar en la fecha que le fuera notificada mediante C.D. del 05/03/08. El actor responde mediante su telegrama obrante a fs. 17 del 19/03/08 en el que se considera despedido sin causa. El intercambio culmina con la C.D. remitida el 28/03/08 por la empresa (fs. 16) en la cual, además de rechazar la postura del actor, manifiesta: *"…resulta improcedente su pretensión de renovar cédula de embarque; siendo su responsabilidad la obtención y mantenimiento de libreta de embarque. Se le otorgaron a Ud. múltiples posibilidades antes de proceder a su despido, las que ni siquiera fueron por Ud. respondidas…"*.

El despido o la situación de despido puede originarse en justa causa, que se configura en caso de inobservancia por cualquiera de las partes (bilateralidad de la injuria) de las obligaciones resultantes del contrato, dando lugar a un ilícito contractual en los términos que lesionen los derechos patrimoniales o morales de tal gravedad que no consientan la prosecución de la relación (arts. 242 y 246, LCT). Se trata de un obrar contrario a derecho o de un incumplimiento que asuma una magnitud suficiente como para desplazar el principio de conservación del contrato regido por el art. 10, LCT (conf. CNTrab., Sala I, 29/11/76, DT, 37-479; ídem, Sala VIII, 23/04/87, JA, enero 1989, p. 42).

Para que el despido sanción tenga efectos extintivos de la obligación de indemnizar, es necesario que se cumplan los recaudos consistentes en *la proporcionalidad* entre la falta y la sanción y *la contemporaneidad* entre la denuncia del contrato y la transgresión incurrida.

El despido disciplinario constituye la sanción más grave y en casos de menor gravedad debe acudirse a la suspensión disciplinaria. Debe tratarse de una falta tan grave que no consienta la prosecución ni siquiera provisoria de la relación de trabajo. También se ha hablado simplemente de

una *falta gravísima*: "El despido debe fundarse en *falta gravísima*, sin que deje en el ánimo del juez la menor duda sobre la justicia de la medida y de los perjuicios que se evitan al patrón" (CNCom., LLey, 42-882) o de una *falta muy grave*: "El despido, que es la sanción más grave, porque comprota la privación del empleo, para que se lo califique como despido justificado no puede ser "sino la sanción correlativa a una *falta muy grave*" (Cám.Nac.Paz, Sala III, LLey, 5-334).

El despido es la sanción más grave que el patrono puede imponer a su subordinado, y para que se lo tenga por justo, ha de ser la medida correlativa de una falta de extrema gravedad, que debe apreciar teniendo en cuenta los antecedentes del empleado y la intención que medió al producirse el hecho determinante de la ruptura del contrato (conf. FERNANDEZ MADRID, J.C. y D., "Injurias, Indemnizaciones y Multas Laborales", LLey, pág.22).

Como lo establece el art. 63 de la LCT, las partes están obligadas a obrar de buena fe, ajustando su conducta a lo que es propio de un buen trabajador y de un buen empleador "…al extinguir el contrato o la relación de trabajo".

En el momento del cese, como durante el desarrollo del contrato, el empleador debe actuar de buena fe. Así, no puede intimar el reingreso a un empleado que sabe a ciencia cierta que no podrá cumplir con dicha intimación. Por otra parte, constituye una exigencia derivada de la buena fe que las intimaciones que efectúe el trabajador sean dadas con suficiente antelación como para permitir la respuesta oportuna del empleador (art. 57, LCT) (conf. FERNANDEZ MADRID, ob. cit., pág. 54 y sigs.).

En el caso en análisis la primera solicitud realizada por el actor para que le entreguen la nota necesaria para renovar su cédula de embarque fue directamente desoída por la patronal ya que ni siquiera la respondió. Cuando el reclamante insiste el 03/03/08 con la entrega de la ya referida "nota de la empresa", su reclamo se cruzó con la notificación que le remitió

la empresa el 04/03/08 para que embarque el día 13/03/08 y luego el 07/03/08 le responde por primera vez a su solicitud planteando que no corresponde que le entregue la nota ya que la cédula es un instrumento de excepción y que no debe la empresa solicitar la renovación de la misma. Se le reitera que el 13/03/08 debe embarcar con la libreta de embarque. El 10/03/08 el actor insistió con la necesidad de que le entreguen la nota para cumplir con el embarque; ante lo cual la empresa mantuvo su posición de no entregársela.

Ante la situación planteada debo remitirme a las probanzas de autos para determinar si la empresa ha logrado demostrar que la renovación de la cédula es un trámite de excepción y que no corresponde hacerlo a la empresa, mientras que era exclusiva responsabilidad del empleado gestionar la documentación necesaria para poder embarcar. O sea, la pregunta a responder es: ¿debió la empresa colaborar con el actor para que éste realizara el trámite de renovación de la cédula de embarque?.

La Ley 24.922 (Régimen Federal de Pesca) en su artículo 39 dispone que *"…será obligatorio, para todo el personal embarcado a bordo de los buques pesqueros, poseer libreta de embarco, título, patente, cédula de embarco o certificado de habilitación profesional expedidos por las autoridades competentes en las condiciones que estipulen las normas nacionales"*. De este texto tengo en claro que el personal puede embarcar -en lo que aquí interesa- con la *libreta de embarco* o con la *cédula de embarco*, tanto un documento como el otro son admitidos por la ley y habilitan a embarcar.

A fs. 59 de autos obra un informe remitido por la Prefectura Naval Argentina en la cual informó: *"1 y 3) Para el caso de Cédulas de Embarco de operarios de planta corresponde a la empresa armadora del buque en el cual se embarcará el tripulante, la solicitud de la cédula, que se hará por medio de nota…" "…Para operarios de planta de nacionalidad argentina el trámite a seguir para obtener una Cédula de Embarco comprende: *) Presentar solicitud según apartado 1)…"*.

Este informe está relacionado con el que expidió la misma dependencia y obra a fs. 76 de los presentes actuados. En él se informa sobre los requisitos para la obtención de la *Libreta de Embarco* y en el párrafo siguiente dice: *"Para la obtención de la Cédula de Embarco en calidad de Operario de Planta, Asesor Técnico en Máquinas o Artes de Pesca, Control de Calidad que no integran la dotación de seguridad del buque (Art. 501.0312 Inc. b) punto 4, del REGINAVE) a pedido de la Empresa Armadora mediante nota de solicitud para determinados buques, iguales requisitos mencionados en el párrafo precedente, abonar el arancel correspondiente por cada buque a embarcar".*

"Los trámites para la obtención de los mencionados documentos habilitantes son personales (para la libreta de embarco) y mediante nota de solicitud de la Empresa Armadora (para las cédulas de embarcos)".

"No existiendo documento de embarco (libreta o cédula) de carácter excepcional, y la validez de los mismos es de cada cinco años (Censo) y anual las cédulas, siendo posible la renovación cumplimentado los requisitos mencionados en el 3er párrafo…". Ninguno de estos informes ha sido objetado por las partes en autos.

De lo hasta aquí desarrollado surgen para mí con nitidez las siguientes conclusiones:

a) la parte demandada no ha logrado demostrar la postura que esgrimiera ante su empleado y en el proceso con respecto a que la obtención de la Cédula de Embarco es un documento de "excepción" y que lo que corresponde tener para embarcar es la Libreta de Embarco. El informe es claro en cuanto a que no existe documentación "de excepción";

b) la parte demandada no ha logrado demostrar su postura en cuanto a que el actor sólo debía embarcar estando munido de la Libreta de Embarco. Tanto la Ley Nacional de Pesca como la reglamentación de la Prefectura Naval Argentina admiten como documento válido a la Libreta de embarco **o** la Cédula de Embarco;

c) el informe suministrado por la Prefectura Naval Argentina hace saber que es un trámite legal y posible la renovación de la Cédula de Embarco;

d) de conformidad con los informes referidos, para poder obtener o renovar una Cédula de Embarco es necesario presentar una *Nota de Solicitud de la Empresa Armadora*;

e) para que el actor de autos pudiera renovar u obtener una Cédula de Embarco necesitaba de manera imprescindible una nota extendida por su empleador;

f) el actor de autos solicitó en tiempo y forma a su empleador que le extendiera la nota correspondiente a fin de realizar el trámite por ante la Prefectura Naval Argentina;

g) la parte demandada se negó a entregar la nota al actor o a la Prefectura invocando causales que no surgen de la ley ni de los reglamentos vigentes aplicables al caso, según hemos visto supra;

h) la parte demandada no ha justificado en autos las razones por las que se negara a entregar o presentar la nota requerida por el actor y que es legal y reglamentariamente exigida para la obtención o renovación de la Cédula de Embarco;

i) la parte demandada ha esgrimido que le dio al actor "múltiples posibilidades" antes de proceder a su despido pero no ha acreditado cuáles han sido ellas;

j) que la única posibilidad que tenía el actor para obtener o renovar la Cédula de Embarque era mediante la presentación de la nota expedida por la demandada. Eso es lo único que el actor peticionó y reclamó a su empleador;

k) que el actor no necesitaba "múltiples posibilidades" de parte de su empleador sino una sola: la nota para presentar en Prefectura y que la empresa siempre se negó a entregarle;

l) la demandada citó al actor para embarcar en una fecha determinada, exigiéndole como condición la presentación -al embarcarse- de la Libreta de Embarco cuando el mismo podía embarcar portando la Cédula de Embarco dado que la ley y los reglamentos así lo permiten;

m) la demandada citó al actor a embarcar con la exigencia de presentarse munido de la Libreta de Embarco sabiendo perfectamente que era imposible que pudiera cumplimentar tal obligación; y

n) ante la no presentación a embarcar, la empresa despidió por esa causal al actor.

De lo hasta aquí puntualizado surge con claridad manifiesta que hubo una de las partes del contrato que no actuó de buena fe y que incumplió abiertamente la obligación de comportarse durante la relación laboral respetando los principios de la buena fe y esa parte ha sido la empresa empleadora. Las constancias y probanzas de autos a las que he hecho referencia demuestran mi afirmación (arg. art. 63 y concs. LCT).

Además de la cuestión relacionada con la buena fe, advierto que no ha alcanzado a demostrar la patronal la *justa causa o injuria*, o sea el incumplimiento grave de deberes contractuales propios de la relación de trabajo por parte del actor que justificara su decisión de ruptura del vínculo que los uniera (arg. art. 242 LCT).

Tampoco encuentro que haya existido una proporcionalidad entre la falta y la sanción. En primer lugar, porque -tal como vengo sosteniendo hasta aquí- no se acreditó la "falta" cometida por el actor, y en segundo término, el despido aparece desproporcionado. Y hago esta apreciación porque si bien es cierto que el actor no se presentó a embarcar en el día y hora fijados por la empleadora, ésta sabía de antemano -ya lo he dicho aquí- que no se presentaría porque no tenía en su poder la Libreta de Embarco que la empresa la exigía como condición inexcusable para poder embarcar, lo cual el actor lo había comunicado a la empresa. De allí que no aparezca

configurada la "injuria" de parte del obrero y que sí aparezca como exagerada la sanción impuesta por la patronal (el despido), sobre todo teniendo en cuenta que se trata de un dependiente que no registraba antecedentes de inconductas o mal comportamiento durante el vínculo laboral.

Es por ello que la jurisprudencia ha determinado que *"no todo acto de incumplimiento constituye causa de denuncia del contrato de trabajo sino sólo aquel que pueda configurar injuria y, para ser tal, tiene que asumir magnitud suficiente para el desplazamiento del principio de "conservación del contrato" que consagra el art. 10 de la LCT"* (CNTrab., Sala I, 25/11/98, DT, 1999-B-1805).

Concluyo afirmando que en este caso no ha existido de parte del actor un incumplimiento que justificara la denuncia del contrato de trabajo por configurar una injuria y de allí que no ha habido causal suficiente para desplazar el principio de "conservación del contrato" consagrado por la norma del art. 10 LCT. De allí entonces que comparta lo resuelto por la Sra. Magistrada del inferior en cuanto ha entendido que no hubo negligencia alguna imputable al actor y de allí que la demanda prospere en cuanto pretende las indemnizaciones derivadas de la ruptura del vínculo.

Teniendo en cuenta que el agravio vertido por la demandada y en análisis no puede ser oído en esta Instancia, propongo al Acuerdo su rechazo. Así lo voto.

4.2) <u>El cálculo de la base indemnizatoria</u>.

Considera la demandada que no es aplicable la norma del art. 245 LCT para fijar la base indemnizatoria por el despido y que corresponde promediar las remuneraciones para su fijación.

La cuestión propuesta en el agravio, no ha sido objeto de pedimento y/o consideración alguna al tiempo de contestar la demanda y no se advierte que la parte, como bien señala la magistrada de grado, haya cuestionado

con argumentos, la determinación por el experto contable de cual resulta la mejor remuneración mensual, normal y habitual percibida por el trabajador (fs. 126).

De conformidad con lo expuesto, el agravio en tratamiento no es atendible y corresponde su rechazo. Así lo voto y propongo al Acuerdo.

4.3) <u>La aplicación del "tope" indemnizatorio</u>.

Según la queja los CCT 175/75 y 356/03 modificaron ciertas cuestiones pero no la relativa al "tope" que fijara el CCT 155/91 el cual sigue vigente y debió aplicarse por la sentenciante.

Según la queja los CCT 175/75 y 356/03 modificaron ciertas cuestiones pero no la relativa al "tope" que fijara el CCT 155/91 el cual sigue vigente y debió aplicarse por la sentenciante.

Tal como expone la señora jueza del anterior grado, el convenio colectivo aplicable al caso de autos es el C.C.T. 356/03, "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).

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.).

El CCT 155/91 cuya aplicación reclama la demandada, resulta improponible a este caso, atendiendo a la fecha de extinción de la relación laboral

(14/03/08) 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, 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.

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).

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 (conf. mi voto in re "A. c/ H. S.A. s/ Cobro de Pesos" del 06/09/11).

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>.

<u>La inclusión de la multa del Art. 2 Ley 25.323 sobre el "adicional por rescisión del contrato de ajuste</u>".

La actora sostiene que la multa prevista por el art. 2 de la Ley 25.323 debe ser calculada también sobre el importe que corresponde a su parte por el "adicional por rescisión del contrato de ajuste" y no sólo sobre el que corresponde por "indemnización por antigüedad" como lo ha determinado la sentencia.

El art. 2 de la Ley 25.323 precisa cuales son las indemnizaciones a las que se refiere y dicha norma hace referencia a la falta de pago, entre otras, de la

indemnización prevista en el art. 232 de la LCT en alusión a la indemnización sustitutiva del preaviso.

El art. 12 del CCT 370/71 contempla un derecho para el trabajador que resulta equivalente a la indemnización sustitutiva por falta de preaviso, desde que establece una suma igual a un mes de sueldo si la antigüedad fuera inferior a cinco años y de dos meses si fuera mayor. Con posterioridad al citado convenio se dictó la LCT, lo que obliga a dar primacía a las normas protectorias mínimas contenidas en dicho ordenamiento (orden público laboral y principio de la norma más favorable, arts. 7 y 9 de la LCT), como consecuencia de lo dispuesto por el art. 6 de la Ley 14.250.

Y la vigencia de la LCT está condicionada a que la aplicación de sus disposiciones resulten compatibles con la naturaleza y modalidades de la actividad de que se trate y con el específico régimen jurídico a que se halle sujeto (art. 2), o sea, que sus mejoras son aplicables a la "gente de mar" en la medida que se ajusten a las características del trabajo marítimo y al régimen normativa especial (conf. AUSTERLIC, "La estabilidad de la gente de mar", DT, 1977, 253), y la aplicabilidad "relativa" de la LCT al estatuto pesquero ha sido el criterio de la Excma. Cámara de Apelaciones de Trelew ya en su composición de sala única (C. 10.132, S.D.L. N° 163/94; C. 11.531, S.D.L. N° 56/95; C. 11.906, S.D.L. N° 56/96, entre otros pronunciamientos).

De tal modo, es evidente la asimilación del "adicional por rescisión" al instituto de la indemnización sustitutiva por falta de preaviso contemplado en la LCT por resultar compatible con la modalidad de la actividad y con el específico régimen jurídico al que se encuentra sujeta. Es por lo demás el criterio de la Cámara de Apelaciones de Trelew, por su sala "B" en C. 16.380, S.D.L. 67/2000;C. 19.259, S.D.L. 23/04; C. 20.269, S.D.L. 21/2005; C. 20.352, S.D.L. 27/2005; C. 21.151, S.D.L. 18/2006).

El mismo criterio es compartido por la CATrab., Sala VIII, al decir que "el pago del *"adicional por rescisión del contrato"*, contemplado por las normas convencionales que regulan el trabajo marítimo (arts. 12 convenio colectivo de trabajo 307/71 y 41, convenio colectivo de trabajo 175/75), sustituye el diseño legal que la ley de contrato de trabajo establece en referencia al instituto del preaviso" (in re "Barreiro, M. c/ Shell S.A.", 10/12/97, LLOnline AR/JUR/170/1997).

Ya se señaló la evidente asimilación del "adicional por rescisión" al instituto de la indemnización sustitutiva del preaviso contemplado en la LCT por resultar compatible con la modalidad de la actividad y con el específico régimen jurídico al que se encuentra sujeta, por lo inadmisible resulta una interpretación restrictiva del texto legal en perjuicio del trabajador (conf. Cám.Apel.Trelew, Sala "B", C. 21.051, S.D.L. 16/2006; ídem, 04/02/08, "M., M. c/ C.A. de P. S.A.", LLPatagonia 2008 (junio), 279).

En consecuencia, por las razones vertidas, como también por aplicación del principio de la norma más favorable (art. 9, 2do párrafo, de la LCT), soy de la opinión de que el incremento previsto por el art. 2 de la Ley 25.323 debe incluir el "adicional por rescisión" y "la indemnización por antigüedad".

Por lo que considero le asiste razón al apelante, correspondiendo admitir su agravio. Así lo voto y propongo al Acuerdo.

6) <u>Modificación del monto por el que prospera la demanda</u>.

Teniendo en cuenta la conclusión de mi voto expuesto en el punto anterior y de ser el mismo compartido por los Sres. Magistrados que integran esta Excma. Cámara, corresponde modificar el monto por el cual prospera la demanda dado que para el cálculo de la multa prevista por el Art. 2 de la Ley 25.323 deberá incorporarse el rubro "Adicional por Resolución de Contrato" que representa el 50% sobre $ 2.000.- fijados por la sentencia dictada por el inferior, o sea la suma de $ 1.000.- (Mil Pesos), con más los

intereses a la tasa fijada en primera instancia y desde que la suma es debida hasta el pago efectivo al acreedor.

De conformidad con lo expuesto, la demanda deberá prosperar por la suma total de $ 19.574,73.- (Diecinueve mil quinientos setenta y cuatro pesos con setenta y tres centavos) 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.

7) <u>La adecuación de las costas</u>.

Si bien la norma del art. 282 del ritual dispone que en caso de sentencia revocatoria o modificatoria de la de primera instancia, el Tribunal adecuará las costas y el monto de los honorarios al contenido de su pronunciamiento, aunque no hubiese sido materia de apelación, tengo en cuenta que si bien la parte actora ha resultado gananciosa ante la Alzada en el planteo de su único agravio, ello no habilita para modificar la imposición de las costas y/o la regulación de los honorarios en la forma que lo ha dispuesto la Sra. Magistrada del inferior dado que dicha parte ha resultado perdidosa en el reclamo realizado en la demanda con respecto a los rubros integrativos de la liquidación final -S.A.C y Vacaciones Proporcionales- como así también por los días a la orden durante el mes de Febrero de 2008, los que no han sido materia de tratamiento en el recurso de apelación.

De allí entonces que considere que la situación en este punto se mantiene en la misma condición que se encontrara al resolverse la imposición de las costas en la primera instancia y de allí que no corresponda realizar adecuación alguna al respecto (conf. art. 69, 72 CPCC).

8) <u>Las costas de la Alzada</u>.

Atento la forma en que se resuelven los recursos interpuestos, corresponde aplicar el principio objetivo de la derrota y las costas de la Alzada deben ser

impuestas a la parte demandada que resulta vencida en el mismo (art. 69 y concs. CPCC), regulándose los honorarios de los letrados de la parte actora, Dres. J. A. I. y A. T., en conjunto, en el 35% del monto que les corresponda por su intervención en la primera instancia y los de los letrados que actuaron por la parte demandada, Dres. D. R. G. L. y G. N. W., en conjunto, en el 25% del monto que les corresponda por su actuación en la instancia inferior (conf. arts. 3, 5, 7, 9, 13, 38, 46 y concs. Ley XIII N° 4 y su modificat.).

A LA PRIMERA CUESTION, el Sr. Juez de Cámara Dr. Heraldo Enrique Fiordelisi vota **PARCIALMENTE** por la **AFIRMATIVA**.

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

1.

Dado que el magistrado preopinante ya reseñó en lo esencial los detalles del caso, la decisión impugnada y los motivos de agravio expuestos por los apelantes, me pronunciaré directamente sobre los aspectos traídos a decisión de esta alzada.

Para fundar en los hechos y el derecho mi voto individual, cual lo exigen las mandas de los arts. 169 de la Const. Prov., 8 de la ley V Nº 17 y 274 C.P.C.C., serán suficientes las consideraciones que siguen.

Por así proponerlo el acuerdo y resultar una cuestión de método, atenderé en primer lugar los agravios de la parte demandada y ello en tanto atacan la sentencia en lo que resulta medular del fallo, esto es la inexistencia de injuria laboral que torne operativa la desvinculación laboral dispuesta por la empresa.

2. Tratamiento de los agravios de la demandada

2.1. <u>La injuria laboral</u>

Al tiempo de valorar la injuria que determinó la extinción del contrato, dable es señalar que conforme al art. 2° LCT, las relaciones de trabajo regidas por estatutos especiales -en el caso el C. de Comercio y la Ley de la Navegación- constituyen una regulación especial asimilable a uno de ellos-. Tal normativa y la ley general no son, necesariamente, incomunicables, y la aplicación de las normas de ésta está supeditada a su compatibilidad con la "naturaleza de la relación" y con el específico régimen jurídico a la que se halla sujeta. En ese contexto, la enumeración que, en el art. 991 del citado Código, sigue a la remisión genérica a la "injuria", incluye ciertas justas causas de despido que, por necesidad de ajuste a la "naturaleza de la relación", es decir, a las circunstancias concretas en las que se desarrollan la explotación y las relaciones de trabajo que en ella tienen lugar, no son derogadas, explícita ni implícitamente, por la ley general.

El art. 991 Cód Com indica que *"El hombre de mar, después de matriculado, puede ser despedido con causa justa por injuria que haya hecho a la seguridad, al honor o a los intereses del armador o su representante. En especial serán justas causas de despido:…5º El no presentarse a bordo en la fecha y hora señalada para comenzar sus servicios".*

No se discutió en autos la falta de presentación del Sr. G. a embarcar en la fecha dispuesta por carta documento obrante a fs.7. y en el contexto probatorio de la causa, deberá determinarse si la inasistencia obedeció a causas imputables al trabajador o bien que justificó su no concurrencia por cuestiones inherentes a su empleadora.

Resulta obvio que el trabajador no concurrió a embarcar, por no contar con el documento habilitante para hacerlo y tal circunstancia era de conocimiento de P. (fs 21, fs.24, fs. 29).

Acompañaré tanto a la señora jueza de grado como al magistrado que me antecede en el voto, que no justificó la demandada que la cédula de

embarque resultara un instrumento habilitante de excepción. No lo dice la norma y tampoco resulta ello, una interpretación de la autoridad de aplicación. La Prefectura Naval Argentina en su informe de fs. 76 señala que no existe documento de embarco de carácter excepcional, siendo tanto la libreta como la cédula de embarco los otorgados para poder embarcar al personal de la Marina Mercante. Tampoco puede sostenerse que la solicitud de la empresa para obtener la cédula de embarque era un trámite de excepción, cuando en el mismo informe se indica que el mismo requiere, para su obtención, de la nota de solicitud de la empresa armadora.

Hasta aquí el agravio carece de sustento.

Luego de ello procura demostrar en su queja que medió de su parte, la buena fe que es exigible en el ámbito de las relaciones laborales.

Estoy persuadida que tal regla no ha sido respetada por la empresa, en primer lugar porque persistió en darle a la cédula de embarque un carácter excepcional que no tenía, luego en la comunicación del 23 de enero de 2008, nada dice del requerimiento de la nota para tramitar la cédula (solicitada por CD del 21 de enero) y menos aún que debería presentar la libreta de embarque; cita a embarque por CD de fecha 4 de marzo, con una antelación de diez días(debía presentarse el 13 de marzo de 2008), y luego el 7 de marzo le exige que se presente con libreta de embarque, a sabiendas que el trámite para obtenerla llevaba al menos los ocho meses que dura el cursado en la EFOCAPEMM (www.prefecturanaval.gov.ar).

No puedo soslayar que desde el inicio del vínculo laboral y cotejado el legajo personal, el Señor G. solo contó para los sucesivos embarques con la cédula, sin que la empresa diera cuenta de la exigencia de la libreta de embarque, de modo tal que pueda señalarlo como un trabajador incumplidor.

De conformidad al artículo 242 de la L.C.T, las partes se encuentran posibilitadas de denunciar el contrato de trabajo ante el incumplimiento del

otro sujeto de la relación que configure la injuria, cuya magnitud sea tal que impida su continuación. En el caso de que la extinción la disponga el empleador, éste la debe fundar en justa causa. La valoración de los hechos calificados como injuriosos, a los fines de la extinción del contrato de trabajo, queda sujeta a la prudente apreciación de los jueces, conforme a la facultad otorgada por el último párrafo del artículo 242 de la L.C.T (cfr. Etala, "Contrato de trabajo", Astrea, Buenos Aires, 1998, par. 3, p. 526). La gravedad de la injuria es objetiva, es decir, independiente de la apreciación caprichosa o arbitraria de las partes y su valoración -reitero- resulta privativa del magistrado laboral (cfr. POSE, Carlos, "Ley de Contrato de Trabajo", 2da. edic. act., pág. 364 in fine, Edit. David Grinberg, 2004).

En ejercicio de aquel prudente arbitrio de los jueces respecto de la injuria achacada al trabajador, la señora jueza analizó la conducta desplegada por las partes y concluyó en que no existía mérito para desplazar el principio de conservación del contrato (art. 10 L.C.T.). *"El artículo 242 de la LCT adopta el sistema de causal genérica única, dejando librada la valoración de ella en cada caso particular a la prudencia del juzgador, teniendo en consideración el carácter de las relaciones que resulta de un contrato de trabajo, según lo dispuesto por la LCT, y las circunstancias personales en cada caso"* (Cám. Trab. de Córdoba, sala 3, 28-12-98, "Avendaño Simón, Rosa Adelina c/ Ferraro, Guillermo Oscar s/ Demanda", sent. 89, cit. en Revista de Derecho Laboral, Extinción del Contrato de Trabajo-1, Secc. jurisprudencia, Edit. Rubinzal Culzoni).

Si la causal invocada para el distracto fue la falta de presentación a embarcar en la fecha consignada en la carta documento de fs. 11, no puede soslayarse que la actitud adoptada por la demandada se encuentra reñida con el principio de buena fe, pues si estaba en conocimiento que G. no contaba con la documentación que la habilitaba a embarcar, sabía que la referida citación a cumplir con el débito laboral, era de cumplimiento imposible.

Es conocida la distinción que la doctrina ha hecho entre "buena fe creencia" y "buena fe lealtad". Mientras la primera se refiere a la sinceridad, buena intención del agente, o al recto entendimiento de las partes sobre el contenido de un negocio, la segunda tiene relación con el cumplimiento honesto de los deberes contraídos. En lo que respecta al contrato de trabajo, la "buena fe lealtad" obliga a las partes a un obrar honesto, prudente, fiel al compromiso contraído, tanto en la observancia de las obligaciones de cumplimiento como en las de conducta, y ello tanto al celebrar como al extinguir dicho contrato laboral, y por supuesto también durante su ejecución. Y dicho obrar leal es el exigido a una persona media, entendiéndose por tal a quien se encuentra dentro del promedio o del común de la gente, denominada por la ley laboral como "buen empleador" y "buen trabajador", según el caso.

Para la valoración del deber de buena fe -obligación integrativa del contrato de trabajo-, la ley 20.744 introduce como parámetros o conductas medias exigibles el buen empleador y trabajador, con obligaciones de lealtad y probidad que deben cumplimentarse en todo tiempo y en forma activa evitando todo genero de reticencias y aclarando suficientemente las situaciones para evitar cualquier tipo de equivocadas expectativas. Estos deberes, encuentran su basamento en el principio de buena fe con que deben cumplirse las obligaciones y constituyen presupuestos básicos de toda relación contractual. Es por ello que la violación de alguno de los deberes de prestación o de conducta constitutivos de dicha relación, puede considerarse injuria que por su gravedad no consienta la prosecución de la misma. "*Desde el punto de vista práctico, la noción de buena fe justifica muchas de las decisiones judiciales, ya que los jueces se muestran permeables a aplicar soluciones de equidad cuando advierten que uno de los litigantes -trabajador/y/o empleador- ha incurrido en accionar abusivo y/o malicioso en defensa de sus derechos, utilizando el ordenamiento jurídico para obtener un enriquecimiento*

ilícito. Ello explica la proyección en nuestra disciplina de la figura del abuso de derecho y de la denominada doctrina de los actos propios (ver García Martínez, "La doctrina de los actos propios y el derecho del trabajo", D.T., 1986-B-1375). En síntesis, la buena fe sería un modulo regulador de la conducta de ambas partes de la relación jurídica y, paralelamente, resulta calificada por los deberes de colaboración y solidaridad que son pautas éticas de conducta que permiten proyectar, más allá de la relación de cambio, el negocio jurídico laboral (ver Livellara, "Suspensión preventiva y precautoria del contrato de trabajo", pág. 17;; Capón Filas, "El módulo de la buena fe", TSS, 1977-5)" (POSE, Carlos, "Ley de Contrato de Trabajo", pág. 112, 1ª edic., Edit. David Grinberg, 2001).

En suma, la buena fe debida, reviste carácter esencial en las relaciones laborales porque es preciso tener presente que el contrato de trabajo no crea sólo derechos y obligaciones de orden exclusivamente patrimonial sino también una vinculación personal que al prolongarse en el tiempo necesita de confianza y lealtad recíprocas de las partes (arts. 62 y 63, LCT), que en el caso sub-examen se han visto seriamente comprometidas por el comportamiento de la demandada.

La sentencia -en el punto referente al juzgamiento del hecho generador del distracto- aparece suficientemente fundada y amerita desestimar el agravio.

2.2)

<u>El cálculo de la base indemnizatoria</u>

El agravio es inaudible en esta instancia.

La recurrente procura introducir en la Alzada una cuestión que no ha sido propuesta a la anterior instancia. En modo alguno cuestionó al contestar la demanda cual era la base para las indemnizaciones reclamadas por el actor y tampoco cuestionó el informe pericial que determinó a fs. 126 que la mejor remuneración mensual, normal y habitual percibida por el trabajador era la de $ 5.524,91.

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).

2.3) <u>El tope indemnizatorio</u>

Esta Cámara ya se ha expedido en el mismo sentido que la señora jueza respecto 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 Nº 307/99 la que, a su vez, antes, había sustituido al homologado bajo Nº 155/91. Esto es, si se contempla que el convenio Nº 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, a la suma de $ 5.524,91.

Por todo lo expuesto, debo concluir que los agravios de la parte demandada deben ser desestimados.

3. <u>Tratamiento del agravio de la parte actora</u>

Se queja la actora porque considera que para el cálculo del agravamiento previsto por el art. 2 de la ley 25.323 debe considerarse el adicional por rescisión del contrato, no previsto por la señora al admitir el rubro.

Acompañaré al actor en su queja.

El artículo 2° de la Ley 25.323 refiere al empleador, que fehacientemente intimado por el trabajador, no abonare en término las indemnizaciones previstas por los arts.- 232, 233 y 245 de la ley de contrato de trabajo y los arts. 6 y 7 de la ley 25.013, o las que en el futuro las reemplacen, obligándolo a iniciar acciones judiciales o cualquier instancia previa de carácter obligatorio para percibirlas. En ese caso, la norma de referencia incrementa el monto de las indemnizaciones indicadas en principio en un 50%, salvo que hubieren existido causas que justifiquen la conducta del empleador, evaluadas por los jueces, los que podrán reducir prudencialmente el incremento hasta la eximición de su pago.

El Plenario Nº 326 del 9 de mayo de 2011 de la CNAT estableció por mayoría que "*el recargo previsto en el artículo 2 de la Ley 25.323 se aplica a las indemnizaciones previstas para los trabajadores marítimos, sujetos de relaciones reguladas por el Libro III del Código de Comercio y por la Ley 20.094*".

Las indemnizaciones previstas por los artículos indicados de las leyes 20.744 y 25.013 comprenden por el juego de ambas la indemnización sustitutiva del preaviso, la integración del mes de despido y la indemnización por antigüedad.

Las previstas para los trabajadores marítimos, regulados por el Libro III del Código de Comercio y por la ley 20.094 (arts. 9 y 12 del C.C.T. 370/71, al que se llega por la remisión del art. 55 del C.C.T. 307/99 (texto C.C.T. 356/03), determinan un monto indemnizatorio que se calcula en función del tiempo trabajado, más un adicional por rescisión del contrato de ajuste que podrá ser de uno o dos sueldos según la antigüedad del trabajador menor o mayor de 5 años.

"Las particularidades de la prestación del trabajo a bordo tornan inaplicables las disposiciones de la LCT relativa al otorgamiento del preaviso: Es por ello que se estableció una indemnización sustitutiva del preaviso omitido que se denomina "adicional por rescisión" equivalente a uno o dos meses de sueldo según la antigüedad del tripulante" (Simone, Ana, El trabajo de la gente de mar, en: Tratado de Derecho del Trabajo, dirigido por Mario E. Akerman y coordinado por Diego M.- Tosca, Rubinzal – Culzoni Editores, Bs. As., 2006, Tomo V, pág. 288).

Para dar respuesta al agravio he de valerme del principio consagrado en el art. 9 de la LCT que autoriza la interpretación de la norma que resulta más favorable al individuo cuyo derecho se pretende tutelar y que genera menores restricciones, sosteniendo que el cálculo del agravamiento deberá calcularse sobre la indemnización por antigüedad más el adicional por rescisión. "*De acuerdo con el Fallo plenario N° 326 en autos "Gauna, Edgardo Dionisio vs. Explotación Pesquera de la Patagonia S.A. s. Despido" el incremento indemnizatorio previsto en el art. 2, Ley 25323, se aplica a las indemnizaciones previstas para los trabajadores marítimos, sujetos de relaciones reguladas por el Libro III, Código de Comercio y por la Ley 20094. El incremento en cuestión debe calcularse sobre la indemnización por antigüedad más el adicional por rescisión".*

(Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo Sala IV "Acosta, José Ángel c/ Vieira Argentina S.A. s. Despido" 15/07/2011).

Luego de lo expuesto deberá modificarse la sentencia de grado para incorporar al cálculo del agravamiento de la indemnización previsto en el art. 2do de la ley 25.323, la suma reconocida para el adicional por rescisión del contrato. Prospera el rubro por la suma de $ 6.524,91 (50% de la indemnización por antigüedad: $ 5.524,91, más 50 % de adicional: $ 1000).

4.

Las costas de la Primera Instancia

La modificación de la sentencia venida en apelación no justifica la readecuación de las costas y honorarios allí estipulados (art. 282 CPCC), pues no se altera en lo sustancial lo fallado en la sentencia y los honorarios determinados en porcentaje, se ajustaran al capital de condena.

5.

Las costas en la Alzada se imponen a la demandada vencida en el recurso (art. 69 CPCC). Los honorarios que propone el Dr. Fiordelisi reflejan el mérito y la eficacia de la actividad cumplida por los letrados en esta sede.(arts. 5 y 13 de la Ley XIII Nº 4)

En definitiva, voto a la primera cuestión **PARCIALMENTE** por la **AFIRMATIVA.**

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

De compartir mis colegas de esta Excma. Cámara las conclusiones a las que he arribado en mi voto precedente, el pronunciamiento que corresponde dictar es el siguiente:

1) MODIFICAR la sentencia dictada a fs. 138/142 vta. para disponer que el agravamiento previsto por el artículo 2 de la Ley 25.323 deberá calcularse

integrando el concepto de "Adicional por Rescisión del Contrato y **CONFIRMARLA** en todo lo demás que ha sido motivo de agravios.

2) NO READECUAR las costas ni honorarios dispuestos en primera instancia. (conf. arts. 72, 282 y concs. CPCC).

3) IMPONER LAS COSTAS de la Alzada a la parte demandada que resulta perdidosa en el recurso (conf. art. 69 CPCC).

4) REGULAR por su actuación en la Alzada los honorarios de los letrados de la parte actora, Dres. J. A. I. y A. T., en conjunto, en el 35% del monto que les corresponda por su intervención en la primera instancia y los de los letrados que actuaron por la parte demandada, Dres. D. R. G. L. y G. N. W., en conjunto, en el 25% del monto que les corresponda por su actuación en la instancia inferior (conf. arts. 3, 5, 7, 9, 13, 38, 46 y concs. Ley XIII N° 4 y su modificat.).

5) De forma.

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

El pronunciamiento que corresponde dictar es el que propone el Dr. Heraldo Fiordelisi.

Así lo voto

Con lo que se dio por terminado el acuerdo, dejándose constancia que el Dr. Mario Luis Vivas 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 marzo de 2012.

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) MODIFICAR la sentencia dictada a fs. 138/142 vta. para disponer que el agravamiento previsto por el artículo 2 de la Ley 25.323 deberá calcularse integrando el concepto de "Adicional por Rescisión del Contrato y **CONFIRMARLA** en todo lo demás que ha sido motivo de agravios.

2) NO READECUAR las costas ni honorarios dispuestos en primera instancia. (conf. arts. 72, 282 y concs. CPCC).

3) IMPONER LAS COSTAS de la Alzada a la parte demandada que resulta perdidosa en el recurso (conf. art. 69 CPCC).

4) REGULAR por su actuación en la Alzada los honorarios de los letrados de la parte actora, Dres. J. A. I. y A. T., en conjunto, en el 35% del monto que les corresponda por su intervención en la primera instancia y los de los letrados que actuaron por la parte demandada, Dres. D. R. G. L. y G. N. W., en conjunto, en el 25% del monto que les corresponda por su actuación en la instancia inferior (conf. arts. 3, 5, 7, 9, 13, 38, 46 y concs. Ley XIII N° 4 y su modificat.).

5) REGISTRESE, NOTIFIQUESE y DEVUELVASE.

REGISTRADA BAJO EL N° /12. SDL.