En la ciudad de Puerto Madryn, a los días de junio del año dos mil doce, se reúne la Excma. de la Cámara de Apelaciones, con la Presidencia del Dr. Heraldo Enrique Fiordelisi y la asistencia de los Sres. Jueces de Cámara María Inés de Villafañe y Dr. Mario Luis Vivas, para celebrar acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **"T., S. G. C/ A. S.A. S/ Cobro de pesos - LABORAL - (Expte. N º 109 Año 2012)** venidos del Juzgado Laboral N º 2 (Expte. N º 86/2010), en apelación. Los Sres. Magistrados resolvieron plantear las siguientes cuestiones: **PRIMERA:** ¿es justa la sentencia apelada?; **SEGUNDA:** ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar? y expedirse en orden al sorteo practicado a fs. 346.

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 por la parte demandada a fs. 317, el que fuera concedido a fs. 318 y fundado a fs. 320/332. El traslado conferido a la actora de los fundamentos del recurso fue contestado a fs. 334/341 vta.

La Sra. Jueza a quo dictó sentencia haciendo lugar a la demanda en todas sus partes y condenando a A. S.A. a abonar a S. G. T. dentro del quinto día y mediante depósito judicial la suma de $ 177.192,34.- (Ciento setenta y siete mil ciento noventa y dos pesos con 34/100), con más los intereses a la tasa activa utilizada por el Banco del Chubut S.A. para sus operaciones de descuento de documentos comerciales desde que cada suma que compone el total fue adeudada y hasta su total y efectiva cancelación. Impuso las costas del juicio a la parte demandada y reguló los honorarios de los profesionales actuantes.

Para llegar a su decisión, la Magistrada a quo consideró que la controversia suscitada consiste en determinar si el despido indirecto que produjo el tripulante resultó ajustado a derecho y a partir de allí analizar la procedencia de las indemnizaciones reclamadas.

Se deja constancia en la sentencia que el 04 de mayo de 2009 el actor intimó a la patronal para que proceda a su embarco en sus tareas habituales de marinero por haber excedido el período de permanencia a órdenes conforme lo previsto por el CCT de la actividad, rechazó la accionada dicha intimación haciéndole saber que por cuestiones administrativas, biológicas y económicas sólo se encontraba operando un 20% de la flota y que cuando las condiciones operativas de la misma lo permitan sería citado a embarcar.

El 13 de mayo de 2009 el trabajador remitió el despacho telegráfico por el cual se consideró injuriado y despedido por culpa de su empleador, remitiéndose a lo dispuesto por el Art. 64 del CCT N º 356/03.

La demandada admitió que el actor quedó "a órdenes" a partir del 08 de Noviembre de 2008, conforme su contestación de demanda, que en Noviembre se produjo la última marea de langostino, en la que el B. P. P. * no zarpó y que este buque zarpó recién el 17/07/2009 fecha en la que el actor ya se había dado por despedido.

La Sra. jueza a quo llegó a la conclusión que las circunstancias alegadas en la contestación de la demanda no se corresponden con la realidad.

Dejó sentado que el deber de ocupación es uno de los deberes fundamentales del empleador y constituye un derecho del trabajador exigir su otorgamiento.

Teniendo en cuenta la a quo el informe de la Prefectura Naval Argentina y de la planilla de Registro de Entradas y Salidas de los buques Pesqueros, "P. **" (Matrícula** ***) registra como fecha de salida el 13 de Noviembre de 2008 y fecha de entrada el 13 de Diciembre de 2008. Con lo cual, dice la sentenciante, el informe se contradice con lo manifestado por la accionada

en el sentido de que cuando desembarcó el actor era la última marea del año, no volviendo a zarpar hasta julio del año próximo. De los hechos acaecidos e informes de autos concluye la Magistrada del inferior que al 13 de Noviembre de 2008 el actor estaba en condiciones de ser embarcado en la marea que desarrolló el buque y que duró hasta el 13 de Diciembre del mismo año, conforme registrara la Prefectura Naval Argentina (fs. 169).

Con respecto a la cuestión de la "veda biológica" invocada por la patronal, quedó acreditado -según la sentencia- que además de la pesca del langostino y congelado a bordo, el buque en cuestión también captura merluza.

Con respecto a la supuesta enfermedad del actor por la cual no habría podido embarcar, tuvo en cuenta la Magistrada a quo la pericial contable de donde surge los días de enfermedad del actor en Septiembre de 2008 y en Abril de 2009 y de allí concluye que si no embarcó no fue por estar enfermo como declarara el testigo M..

Tuvo en cuenta luego la sentencia la respuesta dada por la empleadora al actor cuando éste intimó ser embarcado. En ella se le hizo saber que por cuestiones administrativas, biológicas y económicas, sólo se encontraba operando un 20% de la flota (fs. 10). Esta respuesta la relacionó con la Resolución N º 398/08 de la Secretaría de Pesca de la Nación del 29/10/08 que estableció la reducción del número de buques congeladores pudiendo cada empresa participar con no más del 50% de su flota congeladora y en lo que hace a la "veda biológica" evaluó que la pericial contable hizo saber que la misma estuvo vigente para el buque P. * y otros durante 50 días en el año 2008 y por 65 días en el año 2009. Por último, en lo que a las probanzas se refiere, tuvo en cuenta el informe de la Subsecretaría de Pesca de la Nación (fs. 286) y sus gráficos mensuales de los años 2008 y 2009 sobre las vedas de jurisdicción nacional 8fs. 262/285).

Teniendo en cuenta también lo normado por el Art. 56 del CCT 356/2003 sobre la suspensión por causas económicas, la sentencia llegó a la conclusión de que el caso encuadra en un supuesto de incumplimiento injustificado o injurioso del principal de su obligación contractual de otorgar tareas, manteniendo en situación "a órdenes" al actor más allá del plazo de 90 días corridos que contempla el Art. 64 del CCT N º 356/2003, no dándose causas que dispensen al principal su obligación de dación de tareas.

Se probó, según la sentencia, que la empleadora en el período que el actor estuvo "a órdenes" despachó buques a zonas de pesca (según el informe de Prefectura Naval Argentina) y privilegió en el embarque a tripulantes de menor antigüedad que el actor (Conf. el dictamen pericial) dispensando un trato desigualitario al actor en violación a lo que disponen los arts. 16 de la Const. Nac., 17 y 81 de la LCT, sin avizorar causas objetivas que justifiquen ese trato distinto.

Con respecto a la petición de la demandada que para la base del cálculo de la indemnización por antigüedad se tome el promedio de los últimos doce meses laborados por el actor, la desestimó en base al Plenario "Brandi" de la CN Trabajo y al criterio seguido también por el Superior Tribunal de nuestra Provincia.

Accedió también al incremento indemnizatorio que contempla el Art. 2 de la Ley 25.323 y declaró a favor del actor las diferencias salariales surgidas por adicionar a los sueldos "a órdenes" abonados según la pericia contable (fs. 184).

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

2.1) Se agravia en primer término la demandada porque la sentencia ha señalado que su parte no acompañó el alegato cuando en realidad sí lo hizo.

De la sentencia surge, según la queja, que la sentenciante no tuvo presente el alegato, lo cual torna a la sentencia nula de nulidad absoluta e insalvable. En apoyo de su postura cita jurisprudencia e insiste en que la sentencia no ha tenido en cuenta su alegato.

2.2) En el segundo agravio hace referencia la quejosa a la norma del Art. 64 del C.C.T. N º 356703 y sostiene que su parte no mantuvo al demandado "a órdenes" por más de 90 días.

Refiere que no se cumplieron los 90 días que fija como límite máximo para tener "a órdenes" a un dependiente. Transcribe como agravio en este punto lo que dijo en el alegato. Reitera lo ya expuesto sobre las "vedas biológicas" que constituyen excepciones establecidas por la norma para justificar un plazo mayor y afirma que existieron motivos fundados para no dar ocupación efectiva al trabajador.

2.3) Como tercer agravio plantea que la sentencia parcializó la declaración testimonial del Sr. M.. Sostiene que el actor fue llamado y que no quería embarcarse porque estaba enfermo y que se quería retirar de la empresa, que el actor tenía intención de irse de la empresa. Por estas razones considera que la injuria que invocara es excesiva e injustificada.

2.4) En cuarto lugar plantea la quejosa que lo agravia la aplicación que realiza la sentencia del Art. 56 del CCT N º 356/2003, el cual está establecido para otros supuestos y no el de autos. El de autos, según la queja, está contemplado en el Art. 64 del referido CCT.

Se agravia en este punto argumentando que el actor no tenía un mayor derecho que otros trabajadores a ser embarcado y que no se le debe aplicar el referido Art. 56 del CCT en su favor. Critica que la sentencia haya considerado que debía embarcar el trabajador con mayor antigüedad. Insiste en que existieron y fueron acreditadas razones de índole empresaria, económica, de dirección, organizativa y por la propia actividad pesquera.

Reitera que todo lo que refiere en este punto *"…fue resaltado en el alegato…"* (fs. 323).

Reitera que el plazo de 90 días no fue superado y vuelve a decir *"…Esto fue señalado en el alegato…"* (fs. 323 vta.). Luego hace consideraciones doctrinarias sobre la carga de la prueba para concluir que la cuestión de la antigüedad del personal es un argumento incorrecto para resolver la litis.

2.5) El quinto agravio está referido al cálculo de la base indemnizatoria que se hizo en base a la mejor remuneración y no según el promedio. Hace luego una serie de consideraciones sobre lo especial que es la actividad pesquera que se diferencia de las demás por ser atípica y aleatoria, sujeta a los vaivenes de la naturaleza, todo lo cual determina importantes variaciones salariales que se producen a lo largo de un semestre, generando situaciones de extrema injusticia de no recurrirse al mecanismo del promedio semestral. Esgrime que la forma de calcular fijado en la sentencia constituye una violación al principio de razonabilidad y un enriquecimiento sin causa para el actor.

Continúa a lo largo de su extensa exposición diciendo que la sentencia señala que la norma del Art. 245 LCT habla de "mejor remuneración" y no de "promedio", no existiendo otra interpretación posible. Pero según la demandada hay argumentos para resolver en contrario. Esgrime también que si bien los rubros pueden ser normales y habituales, no son mensuales, porque los tripulantes no embarcan todos los meses.

Este proceder de la sentencia, según el agravio, afecta derechos y garantías constitucionales.

2.6) En el sexto agravio expresa su disconformidad la demandada con la determinación del quantum establecido para el pago del rubro indemnización por rescisión contractual del Art. 12 del CCT 370/71.

Sostiene que el único argumento de la sentencia es que considera correcta la metodología empleada por el actor para realizar el cálculo y que ello no es

fundamento válido dado que no puede eliminar la sentencia el "salario a órdenes". Es por ello que sostiene que para el cálculo de este rubro debe tomar el importe del "salario a órdenes" y no el que tomara el actor en su liquidación de la demanda.

2.7) El séptimo agravio apunta al cálculo de la indemnización que establece el Art. 2 de la Ley 25.323. Considera que no debe aplicarse sobre el monto de la indemnización que establece el Art. 12 del CCT 370/71 porque la misma no puede asimilarse a la indemnización por falta de preaviso de la LCT.

2.8) El último agravio está referido a la imposición de las costas. Sostiene la queja que no corresponde que se las haya impuesto en un 100% a su cargo cuando no fue condenada por la totalidad de los rubros reclamados. Sostiene que la actora reclamó diferencias salárialesen los pagos a órdenes realizados por la empresa, lo cual fue rechazado por la sentencia. Por otra parte el monto de la sentencia fue un 10% inferior al reclamado, por lo que la misma no procedió en todos los rubros solicitados. De allí que al no haber sido derrotada la demandada en todos los rubros, no corresponde -según la queja- que todas las costas le sean impuestas a su cargo.

3) <u>Tratamiento de los agravios</u>.

3.1) <u>La nulidad de la sentencia</u>.

Se agravia la demandada porque la sentencia ha dejado sentado que las partes no presentaron alegato, cuando en realidad su parte sí lo hizo. En base a ello y a que considera que la sentenciante no tuvo en cuenta lo expuesto en su alegato, la sentencia -según sus dichos- es nula de nulidad absoluta e insalvable.

En apoyo de su postura cita jurisprudencia en la que se decretó la pretendida nulidad *"…en un caso en que se había omitido agregar los alegatos presentados por el actor…"* (sic). Debió advertir la quejosa que no es éste el

caso en tratamiento dado que, conforme surge de fs. 302/306, su alegato fue oportunamente incorporado al expediente dejándose la debida constancia de ello por el Sr. Secretario. Por lo que, la jurisprudencia citada no es aplicable en este caso.

Ante todo y a los efectos de dar respuesta a la queja, es menester tener en cuenta que recogiendo la doctrina de numerosos precedente judiciales, las normas procésales imponen a la parte que pretende la nulidad la carga de "expresar el perjuicio sufrido del que derivare el interés en obtener la declaración y mencionar, en su caso, las defensas que no ha podido oponer" (Conf. Art. 174 CPCC; CN Civ., Sala C, LL 1983-A-573, 36.282-S; 1982-D-424; 1983-D-87; Sala D, LL 1984-B-473, 36.623-S). Por consiguiente, el juez se halla habilitado para desestimar de plano la impugnación si quien la formula carece de interés personal en la declaración de nulidad u omite indicar las defensas o pruebas de que se habría visto privado como consecuencia del vicio que alega (Conf. C. Civ. 2ª. Cáp., JA 62-724; CN Com., JA 63-622; CN Civ., Sala A, LL 126-777, 15.216-S). Anticipo que esta carga no ha sido cumplimentada por el nulidicente.

Ahora bien, de conformidad con la norma del Art. 255 del ritual, el recurso de apelación comprende el de nulidad por defectos de la sentencia.

En nuestra legislación existen dos tipos de causales que autorizan el recurso (o alegación) de nulidad: uno se refiere al incumplimiento de los requisitos que condicionan la validez de las resoluciones judiciales, y otro a los vicios que afecten a los actos procésales que precedieron al dictado de aquéllas.

Es vasto el repertorio de irregularidades que pueden afectar la validez de las resoluciones judiciales y autorizan, en principio, el recurso de nulidad. Tales serían, por ejemplo, la omisión de la fecha en que es dictada y tal defecto ocasiona un perjuicio a las partes, el error sobre el nombre de las partes que imposibilita la ejecución de lo decidido, el pronunciamiento sobre cuestiones no planteadas o articuladas extemporáneamente, la

omisión de pronunciamiento sobre puntos esenciales y la falta o insuficiencia de fundamentos.

Pero, exista o no la posibilidad de reenvío, la declaración de nulidad de la sentencia requiere la existencia de una irregularidad manifiesta y grave; de allí que, según lo tiene reiteradamente establecido la jurisprudencia, aquella declaración no procede cuando los vicios invocados son susceptibles de repararse mediante el recurso de apelación (Conf. PALACIO, L. E., "Derecho Procesal", Ed. Abeledo Perrot, T. V, pág. 108 y sigs. y juris. allí citada).

Y, sin perjuicio de lo expuesto, debo destacar que para que tenga sustento su pretensión nulitiva, la irregularidad de la sentencia debe haber afectado el derecho de defensa de quien esgrime la pretensión. Y aquí en ningún momento se demuestra que se haya afectado tal derecho de la parte demandada.

Por último, la demandada ha interpuesto y se le ha concedido el recurso de apelación contra la sentencia en crisis y en la fundamentación del mismo ha tenido la oportunidad de volcar todos los agravios que la misma le ha ocasionado y/o los errores que según su postura haya cometido la sentenciante, pudiendo demostrar y exponer con total amplitud las causas y/o motivos que tiene para que la resolución sea revocada por el Superior. Es por esta razón que la jurisprudencia ha resuelto en forma reiterada que la nulidad no prospera cuando la cuestión puede ser resuelta mediante el recurso de apelación. Por lo tanto, la nulidad no corresponde ser decretada porque el vicio invocado es susceptible de repararse mediante el recurso de apelación que se le ha concedido a la demandada.

Por otra parte, ningún perjuicio ni indefensión le ha causado al impugnante el hecho de que se diga en la sentencia que no presentó el alegato, cuando el mismo fue en tiempo y forma incorporado al proceso. Con respecto a que el mismo haya sido o no tenido en cuenta por la Magistrada sentenciante es

una circunstancia que de ninguna manera justifica una declaración de nulidad de la sentencia porque ello tampoco lo sabría la demandada aunque se hubiese dejado constancia en la sentencia que presentó el alegato.

Por lo expuesto, el agravio no puede ser admitido y corresponde su rechazo.

Así lo voto.

3.2) <u>Incumplimiento del plazo el Art. 64 del C.C.T. N º 356/03</u>.

Conforme lo normado por el Art. 64 del C.C.T. N º 356/03 el armador o propietario no puede mantener "a órdenes" a ningún tripulante por más de noventa días corridos, salvo expresa conformidad del tripulante o disposición que lo avale dictada de la autoridad de pesca y el Ministerio de Trabajo, en que se prorrogará por períodos sucesivos adicionales de treinta días corridos cada uno. Una vez que se hayan vencido esos plazos, el armador debe optar entre: a) reembarcar al tripulante o b) desvincularlo, haciéndose cargo de las indemnizaciones que correspondieren.

En el agravio se ha planteado que a partir de que T. se encontró "a órdenes", el 08 de Noviembre de 2008, no se habían cumplido los 90 días del Art. 64 antes referido. Surge de la demanda que desde el 01/02/2009 al 21/02/2009 el actor tuvo sus vacaciones y desde el 14 al 17 de Abril y del 122 al 26 de Abril de 2009 estuvo enfermo.

Sabemos que el salario "a órdenes" es el que percibe quien no está en condiciones de prestar las tareas habituales por razones que no le son imputables al dependiente. O sea, es la remuneración que percibe el tripulante que está a disposición del empleador pero no presta sus tareas específicas.

De acuerdo al dictamen pericial contable obrante en autos, le fueron liquidados al actor 21 días de vacaciones durante el mes de Febrero de 2009

y cuatro días por enfermedad durante el mes de Abril del mismo año. Evidentemente, durante esos días no estuvo a disposición del empleador.

Ante este panorama la pregunta que surge y a la cual debe dar respuesta esta Alzada es: ¿durante los días de vacaciones o de licencia por enfermedad, el plazo de noventa días del Art. 64 se "suspende" o se "interrumpe"?. La norma no lo dice.

Ante esta situación el principio rector lo marca el Art. 9 LCT al decir que en caso de duda sobre la aplicación de normas legales o convencionales prevalecerá la más favorable al trabajador y si la duda recayese en la interpretación o alcance de la ley, los jueces o encargados de aplicarla decidirán en el sentido más favorable al trabajador.

La norma consagra la expresión *in dubio pro operario*, una de las manifestaciones del *principio protectorio*, más amplio, que lo engloba y constituye uno de los basamentos generales del derecho del trabajo.

El *principio protectorio* tiene raigambre constitucional, el Art. 14 bis de la Const. Nacional comienza diciendo: *"El trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes, las que asegurarán al trabajador…"*.

Y el artículo contiene una directiva a los operadores jurídicos (jueces, funcionarios administrativos, árbitros, las mismas partes) para que, en caso de duda, apliquen el *derecho más favorable al trabajador*. La norma prevé dos supuestos en que puede presentarse la duda: en caso de colisión de normas, y en caso de que puedan atribuirse diversos sentidos a una misma norma.

Teniendo en cuenta que no surge de la norma del C.C.T. mención alguna sobre si el plazo de noventa días se "suspende" o se "interrumpe" en casos de licencia por enfermedad o vacaciones, debe tenerse en cuenta que el contrato colectivo de trabajo es una fuente autónoma de derecho y, por consiguiente, en su interpretación cabe aplicar el método que corresponde a las normas jurídicas teniendo en cuenta el principio del *favor creditoris* que, en materia laboral, corresponde al trabajador (Conf. CN Trab., Sala I,

13/03/74, TSS, 1996-162; ETALA, C. A., "Contrato de Trabajo", Ed. Astrea, pág. 44 y sigs.).

En base a lo expuesto, no tengo duda en que la cuestión planteada debe ser resuelta disponiendo esta Alzada que durante los días de vacaciones y de licencia por enfermedad el término de 90 días que señala el Art. 64 del C.C.T. N º 356/03 estuvo "suspendido" y no interrumpido para el actor ya que es la forma de interpretar que nos marca el Art. 9 de la LCT, según hemos visto. A todo evento, advierto que no surge argumentación alguna en contrario por parte de la patronal al efectuar sus despachos postales.

El segundo punto está referido a la "veda biológica" y al derecho del empleador de establecer los días de dicha veda. Advierto que no se han rebatido las conclusiones de la sentencia en crisis en este punto por lo que el agravio no llega a constituirse en tal a la luz de lo normado por los arts. 268 del CPCC y 60 de la Ley XIV N º 1.

En virtud de lo expuesto, propongo al Acuerdo el rechazo del agravio en tratamiento.

3.3) <u>La negativa del actor a embarcarse</u>.

En base a la declaración testimonial del Sr. M., esgrime como agravio la demandada que el actor fue llamado por la empresa y que no quería embarcarse porque estaba enfermo y que se quería retirar de la empresa, que tenía intención de irse de la empresa. En base a este planteo considera que la injuria que invocara es injustificada y excesiva.

Lo primero que advierto al tratar este agravio es que estos hechos no fueron expuestos por la demandada al contestar la demanda, por lo tanto, no formaron parte de la relación procesal, o sea, no integraron la litis.

La norma del Art. 280 del ritual es muy clara en cuanto a que el Tribunal no podrá fallar sobre capítulos no propuestos a la decisión del Juez de primera

instancia; por lo que es de una total evidencia que la cuestión que se plantea recién ahora como agravio no es posible de que este Cuerpo lo trate.

Es que si bien el recurso contra el pronunciamiento abre la jurisdicción de la alzada a los efectos de resolver sobre la justicia de dicha sentencia (ALSINA, *Tratado,* 2ª. ed., T. IV, pág. 228, N º 14; PODETTI, *Tratado de los Recursos,* pág. 144, N º 62), en manera alguna posibilita fallar sobre las peticiones formuladas en segunda instancia con prescindencia de las cuestiones planteadas ante el juez de primer grado, pues el tribunal *"ad quem"* carece de atribuciones para resolver sobre capítulo alguno que no hubiese sido propuesto a decisión del inferior (Conf. SCBA, DJBA, 117, pág. 142; 118, Págs. 9 y 57; 120, pág. 77; MORELLO, *"Cód. Proc. Civ. Com."*, T. III, pág.400 y jurisp. allí cit.). Es que la expresión de agravios no es la vía pertinente para introducir nuevos planteos o defensas que debieron proponerse en el estadio correspondiente. Por otra parte, si este Cuerpo llegara a resolver un tema que no integró la litis y que fue recién introducido en la expresión de agravios, incurriría en violación del principio de congruencia (Conf. SCBA, DJBA, 117, pág. 142).

En virtud de lo expuesto, corresponde declarar desierto el punto en tratamiento (Conf. arg. arts. 268, 269 CPCC).

Así lo voto.

3.4) <u>La aplicación del Art. 56 del C.C.T. Nº 356/2003</u>.

Afirma en este punto la quejosa que la sentencia aplica la norma del Art. 56 del CCT N º 356/2003 el cual está establecido para otros supuestos y no el de autos, el cual está incluido dentro del presupuesto específico del Art. 64 del mismo CCT.

No comparto la postura de la quejosa dado que en el instrumento obrante a fs. 10 que fue la respuesta dada por la patronal al actor a su intimación del 04/05/09, se dice expresamente: *"…se le hace saber que por cuestiones*

administrativas, biológicas y económicas, sólo se encuentra operando un 20% de flota…". Pues bien, habiendo invocado el empleador cuestiones *económicas* aparece como indiscutible tener en cuenta lo normado por el Art. 56 del C.C.T. N º 356/03 que se refiere -como bien lo dice la sentencia del inferior- la suspensión por causas económicas. O sea, quien introdujo la cuestión *económica* en esta problemática fue la propia demandada, por lo tanto, no puede esgrimir ahora que la norma que contempla esa cuestión no le sea aplicable. Los elementales principios de la doctrina de los propios actos avalan mi afirmación.

El tema relacionado con la aplicación por la sentencia del Art. 56 del CCT N º 356/03 para señalar que en la marea del 08 de Noviembre de 2008 la patronal debió embarcar al actor en vez de otro tripulante y que no es el caso que establece dicho artículo, es un discrepancia que tiene la agraviada con la sentenciante. Y discrepar o mostrar disconformidad con lo resuelto no significa agraviarse, el agravio va mucho más allá de ello.

La mención que hace luego la queja acerca de que no puede afirmarse válidamente de que T. tuviese un derecho "mayor" a ser embarcado sobre otros trabajadores, puesto que todos tenían derecho a que su empleador les asigne trabajo, no ha sido una cuestión litigiosa sometida a consideración en este proceso, por lo que mal puede esta Alzada considerarlo (Art. 280 CPCC).

Refiere también en este punto que se equivoca la sentencia al establecer que su parte debió embarcar al Sr. T. por contar con mayor "antigüedad". Si vemos la sentencia, lo que en ella se ha dicho sobre este punto es: *"…Además se probó que la empleadora en el período que estuvo el actor "a órdenes" despachó buques a zonas de pesca (informe de fs. 169/170 de Prefectura Naval Argentina) y privilegió en el embarque a tripulantes que contaban con menor antigüedad que el actor (Conf. dictamen pericial Anexo A fs. 173 respuesta XX y fs. 168), dispensando un trato desigualitario al tripulante en franca violación*

a lo dispuesto por los arts. 16 de la C. N., 17 y 81 de la LCT, sin avizorar causas objetivas que justifiquen ese trato distinto…". Es evidente que la sentencia no ha dicho -como afirma la quejosa- que la patronal *"…debió embarcar al Sr. Toloza por contar con mayor "antigüedad"…"*.

Pero lo que resulta de una claridad meridiana que en este punto debió la agraviada rebatir el texto que acabo de transcribir de la sentencia y fundamentar el error de la sentenciante en esta conclusión, lo cual no ha hecho. Se dedicó ha hacer una serie de consideraciones y discrepancias que en modo alguno concretan lo que debió concretar y es, como he dicho, rebatir con fundamentación suficiente, la conclusión de la sentencia en este punto.

Lo que he dicho queda ratificado cuando la quejosa dice: *"…No podemos más que agraviarnos en esta conclusión, toda vez que existieron -y fueron acreditadas- razones de índole empresaria, económica, de dirección, organizativa y por la propia actividad pesquera…"* (fs. 322 vta.), pero no indica, prueba ni demuestra cuáles han sido las razones que invoca para justificar su accionar para con el actor. Y esto no alcanza a constituir un agravio digno de análisis.

En una clara demostración de lo que no debe hacerse al expresar agravios, la quejosa dice más de una vez en su fundamentación: *"…Todo esto fue resaltado en el alegato…"* (fs. 323) y *"…Esto fue señalado en el alegato…"* (fs. 323 vta.) con lo cual incumple la carga de los requisitos que debe reunir la fundamentación del recurso en la que, ya lo he dicho supra, no basta reiterar ni remitirse a presentaciones anteriores realizadas durante el proceso. Por lo cual, si el mismo agraviado manifiesta que está reiterando lo señalado o resaltado en el alegato, es más que suficiente para tener por demostrado que la exposición no cumple con los recaudos normados por el Art. 268 del ritual y no corresponde su análisis en esta instancia.

Finaliza el punto la quejosa afirmando que no le correspondía acreditar la antigüedad de todos los empleados que se embarcaban en el Promarsa I, toda vez que no solo no fue un argumento usado por ella, sino también que es un argumento incorrecto para resolver la litis. Ante esta afirmación, lo primero que corresponde analizar es si la queja ha demostrado que el argumento es incorrecto para resolver la litis. La respuesta es negativa. O sea, es la queja por la queja misma, sin la demostración cabal y sólida sobre el error cometido por la sentencia en el punto en tratamiento. Lo cual conduce inevitablemente al rechazo del agravio.

Tengo en cuenta para finalizar el análisis de este punto que la sentencia, en base a la pericial contable (fs. 190) tuvo en cuenta que el actor tuvo licencia médica en el mes de Septiembre de 2008 durante 9 días y en el mes de Abril de 2009 durante 4 días, por lo que si no se embarcó al actor luego de la licencia médica de Septiembre de 2008 no fue porque estuviese enfermo como dijera el testigo M.. Esto no fue rebatido por la recurrente.

La sentencia tuvo en cuenta que el mismo testigo citado anteriormente declaró que el actor puede embarcar en todos los buques de la empresa por estar habilitado para ello y que el buque P. * tiene permiso para pescar fresco y congelado (1ª. pregunta). Esto no fue rebatido por la patronal.

La sentenciante evaluó también el informe de la Prefectura Naval Argentina (fs. 169/171) sobre le movimiento de embarco y desembarco del actor en el Promarsa I y consta el último embarco registrado el 12 de Julio de 2008 y el desembarco el 04 de Septiembre del mismo año. A su vez, de la planilla de Registros de entradas y salidas del buque pesquero P. * se registra como fecha de salida el 13 de Noviembre de 2008 y fecha de entrada el 13 de Diciembre de 2008 (fs. 169). Este informe, dice la sentencia, se contradice con lo manifestado por la accionada en el sentido de que cuando desembarcó el actor esa era la última marea del año, no volviendo a zarpar hasta julio del año próximo, dado que el recurso de captura del

langostino, se le declara la veda biológica y el buque debe entrar a puerto (fs. 38). Esto no fue tratado y menos aun rebatido por la recurrente.

La sentencia ha plasmado como premisa fáctica no controvertida que el actor desembarcó el 04 de Septiembre de 2008 gozando de francos compensatorios hasta el 08 de Noviembre de 2008, por lo que no es dudoso concluir que al 13 de Noviembre el actor estaba en condiciones de ser embarcado en la marea que desarrolló el buque de la demandada y que duró hasta el 13 de Diciembre de 2008, según registra la Prefectura Naval Argentina a fs. 169. Esto no ha sido rebatido por la recurrente.

Con relación a la "veda biológica" del langostino invocada por la accionada, surge de autos que el buque P. * además de la pesca del langostino y congelado a bordo también captura merluza. El testigo Fernández (fs. 162/162 vta.) así lo declaró en autos y también admitió que el actor estaba habilitado para embarcarse en los buques fresqueros de la empresa. Todo esto también fue reconocido por el testigo M. (fs. 164). Ningún reproche válido mereció esta prueba de parte de la recurrente.

En lo que hace a la reducción de la flota y que la demandada adujo que tenía operando sólo un 20% de la misma (fs.10), surge de la sentencia y de autos que la Resolución de la Secretaría de Pesca de la Nación N º 398/08 del 29/10/2008 (fs. 86/87) estableció la reducción del número de buques congeladores pudiendo cada empresa participar con no más del 50% de su flota congeladora. A su vez y con relación a la ya mencionada "veda biológica", de la pericia contable (fs. 173/198) surge que la misma estuvo vigente para los buques P. *, P. **, P. ***, Capitán Giachino y Virgen de la Cinta, durante 50 días en el año 2008 y por 65 días en el año 2009, los cuales son días que el organismo de aplicación autoriza a distribuir en el año, o sea, no son corridos. También tuvo en cuenta la Jueza a quo el informe de la Subsecretaría de Pesca de la Nación de fs. 286 y sus gráficos mensuales de los años 2008 y 2009 que dan cuenta de las vedas de jurisdicción nacional

(fs. 262/285). Pues bien, ninguno de estos datos e instrumentos han sido objeto de tratamiento por parte de la demandada en sus agravios para demostrar los errores cometidos por la sentenciante en sus conclusiones.

Es de una claridad meridiana, a la luz de lo que acabo de detallar, que el agravio en tratamiento deviene manifiesta e inevitablemente inexistente, por lo que propongo al Acuerdo declararlo desierto (Art. 269 CPCC).

Así lo voto.

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

Se agravia la demandada porque para el cálculo de la indemnización por antigüedad la sentencia resolvió tomar la mejor remuneración normal devengada. Según su postura al contestar la demanda, debió tomarse el promedio" de los últimos doce meses.

Hace una muy extensa exposición que pretende estar relacionada con esta queja sobre lo específico y particularidades de la actividad marítima lo que determina importantes variaciones salariales que se producen a lo largo de un semestre, generando -según dice- situaciones inequitativas y de extrema injusticia, de no recurrirse al mecanismo del promedio, por ejemplo.

Hace referencia luego a lo largo de su extensa, desordenada y poco clara exposición, que la jurisprudencia ha determinado que no resulta aplicable a la gente de mar el régimen del preaviso ni la integración del mes de despido, en atención a las modalidades y naturaleza de la actividad marítima. Lo cual no tiene nada que ver con el punto en tratamiento.

Esgrime luego que la interpretación que pretende realizar la sentencia significa una violación flagrante del principio de razonabilidad, que supone un gravamen profundo para su parte y un enriquecimiento sin causa para el trabajador. Pero no realiza una demostración convincente de tamaña afirmación.

Vuelve a insistir en que la sentencia habla de “mejor remuneración” y no de “promedio” y dice que hay argumentos y normas de sobra para resolver en contrario, lo cual no llega a demostrar en su presentación. Por otra parte, no puedo dejar de remarcar que al producirse la prueba Pericial Contable (fs. 173/198), se le requirió al experto que determine la *“Mejor remuneración mensual, devengada por el actor conforme lo dispone el artículo 245 y sus modificaciones (deberá incluir los francos devengados durante el período determinado”* (fs. 184 in fine). A ello respondió el experto a fs. 185: *“La mejor remuneración mensual devengada, incluido los francos compensatorios corresponde al mes de julio de 2008 y alcanza a la suma de $ 13.035,34 de acuerdo al siguiente cálculo…”*. Esta conclusión del perito no mereció ninguna objeción por parte de la hoy agraviada.

Finalmente realiza, en este mismo punto, una cuestión de naturaleza constitucional que en ningún momento planteó al contestar la demanda y de allí que, conforme la norma del Art. 280 ya citado supra, es imposible su consideración por esta Alzada.

Me interesa dejar constancia que no obstante que en la interpretación del escrito de expresión de agravios cabe hacer aplicación de un criterio amplio, en miras a tener por cumplida la pertinente carga procesal, se suele puntualizar que la redacción del mismo, en cuanto no separa los agravios, ya que los mismos aparecen expuestos unos a continuación de otros, siendo muchos pasajes reiteraciones de los ya formulados, en un escrito que dificulta la comprensión de la queja.

No es adecuado, en consecuencia, redactar carillas enteras, que carecen de la adecuada separación de cada una de las quejas que se esgrimen, pues ello muestra una exposición escrita que no facilita el entendimiento de los agravios que se vierten ante el Tribunal.

Como recuerda en tal sentido CARRIO, entre algunas de las recomendaciones elementales acerca de cómo argumentar ante el órgano

jurisdiccional, cabe tener presente que debe tratarse no sólo de que el Tribunal oiga al justiciable, sino que entienda bien lo que dice. Y aunque pareciera un poco pedestre en relación con ello ha de ser breve, claro y conciso, no debiendo escatimar el punto y aparte (*"Como argumentar un caso frente a un Tribunal"*, Rev. Jus., 25, Págs. 43 y sigs. y especialmente Págs. 50/51) (Conf. Cám. 2ª. Sala I, La Plata, C. B-56.818, reg. sent. 247/84; B-59.818, reg. sent. 170/86).

Es decir, que hace al buen ejercicio del derecho de defensa no entorpecer el entendimiento de la cuestión litigiosa, y ha de evitarse el defecto de escribir páginas enteras, con desapego a una sintaxis correcta, donde se formulen argumentaciones mezcladas sobre distintas cuestiones, que no aparecen separadas e incurriendo en reiteración de temas ya abordados.

Expresiones de agravios de tal tipo, pese a que no cabe extremar el formalismo, ya que lo que interesa fundamentalmente es penetrar en la justicia del caso, conspiran contra la satisfacción de tal finalidad por el órgano jurisdiccional (Conf. Cám. 2ª., Sala I, La Plata, C. B-43.933, reg. sent. 96/78).

No cabe confundir sustancia crítica -que constituye el dato intelectual computado por el artículo 265 del código procesal, para aceptar como idóneo un escrito -con extensión- que constituye un dato cuantitativo y extrínseco- y que suele desviar el cometido de la expresión de agravios (Conf. CN Com., Sala D, 24/04/84, LL 1985-A, 309; DJ 1984, 4-117), desde que no es la extensión desmedida del escrito de expresión de agravios lo que demuestra el acierto de la posición jurídica asumida por el apelante (Conf. CN Civ., Sala C, 06/05/75, ED, 67-206; LL 1976-A, 507, sum. 1671).

Consecuentemente, para considerar bastante al escrito en cuestión, no debe tomarse en cuenta su latitud o extensión, sino verificar si cumple con el cometido de criticar el fallo en forma concreta y razonada. De nada vale que sea extensa si en ella campean la imprecisión y la vaguedad (Conf.

CN. Esp. Civ. Com., Sala VI, 10/08/76, BCNEC y C, 626, N º 8676; MORELLO, "Cód. Proc. Civ. Com.", T. III, págs. 363 y sigs.).

He de concluir el punto dando respuesta a la pretensión de la demandada en cuanto a que debe tomarse el "promedio" de las remuneraciones del actor y no la mejor, normal y habitual.

La norma del Art. 245 LCT aplicable al caso es muy clara en cuanto a que se debe tomar como base *"…la mejor remuneración mensual, normal y habitual devengada durante el último año o durante el tiempo de prestación de servicios si éste fuera menor…"*. Con lo cual la letra de la ley no da lugar a ninguna duda que no corresponde realizar ningún "promedio".

La Cámara Nacional del Trabajo de la Capital Federal tuvo oportunidad de expedirse sobre este tema en un fallo plenario que cita la sentencia en crisis ("Brandi, R. A. c/ Lotería Nacional S. E.", con fecha 05/10/2000, en el que quedó plasmado que *"para el cálculo de la indemnización por despido no deben ser promediadas las remuneraciones variables, mensuales, normales y habituales (Art. 245, Ley de Contrato de Trabajo)"* (La Ley, 2000-F, 258 – DJ, 2000-3, 904; DT, 2000-B, 2176; AR/JUR/3880/2000).

Al respecto se ha dicho que: "Dado que la LCT ordena promediar las remuneraciones en caso de vacaciones y licencias, pero silencia el tema en materia de indemnización por despido, una elemental lógica indica que en tal supuesto no deben promediarse toda vez que la directiva contraria no ha sido emitida y nadie está obligado a hacer lo que la ley no le ordena (Art. 19 de la C. N.). Debe aplicarse en estos casos la doctrina plenaria emanada en el acuerdo N º 298, "Brandi, Roberto c/ Lotería Nacional" en cuanto la base de cálculo de la indemnización de que se trata está compuesta por la mejor remuneración percibida por el actor" (CN Trab., Sala VI, sent. 53.574 del 18/12/2000, "López, Teresa c/ Siembra AFJP SA s/ Despido").

Desde esta perspectiva de análisis, para fijar el monto de la indemnización por antigüedad, correspondería partir de la cifra más elevada percibida

durante el último año o durante el plazo de prestación de servicios, si fuese menor (Conf. FERNANDEZ MADRID, J.C. y D., *"Injurias, Indemnizaciones y Multas Laborales"*, Edit. La Ley, pág- 645).

Con posterioridad al plenario es obvio que la jurisprudencia ha mantenido el mismo criterio al decir que *para el cálculo de la indemnización por despido no deben ser promediadas las remuneraciones variables, mensuales, normales y habituales -Art. 245, Ley de Contrato de Trabajo-* (CN Trab., Sala VII, 31/07/2009, LL Online: AR/JUR/27823/2009), como así también que *en los casos de las remuneraciones variables, a los fines de determinar la mejor remuneración mensual, normal y habitual del último año de trabajo, a efectos de la indemnización por despido prevista por el Art. 245 LCT, se debe estar al monto de la más alta devengada en uno de los meses del período, desechando la alternativa de promediar ingresos* (CN Trab., Sala VIII, 23/11/2010, LL Online: AR/JUR/79465/2010).

Por otra parte, la sentencia en crisis ha dejado constancia que es el que acabo de exponer el criterio que sigue nuestro Supremo Tribunal Provincial. En efecto, el mismo ha dicho concretamente: *"Es improcedente la utilización de un sistema de promedios para el cómputo indemnizatorio por antigüedad, pues el Art. 245 de la ley de contrato de trabajo, al establecer la regla de mejor remuneración normal y habitual es por más elocuente y clara, lo que conlleva a interpretarlo de acuerdo a lo que surge de su literalidad, en tanto la primer regla de interpretación de las leyes es dar pleno efecto a la intención del legislador y la primera fuente para determinar esa voluntad es la letra de la ley"* (del voto del Dr. Royer) (Conf. STJCh, 14/02/06 – R-. D. A. c/ I. A. S.A. –LL Patagonia 2006- 491).

Lo hasta aquí expuesto demuestra que lo resuelto en este aspecto por la sentencia se ajusta a derecho y a la postura jurisprudencial vigente, la cual -obviamente- comparto.

Por lo tanto, la queja en tratamiento no puede ser escuchada en esta instancia, correspondiendo su rechazo. Así lo voto.

3.6) <u>El cálculo de la indemnización por rescisión contractual del Art. 12 CCT N º 370/71</u>.

En este agravio la demandada muestra su disconformidad con la determinación del quantum establecido para el pago del rubro indemnización por rescisión contractual prevista en el Art. 12 del CCT N º 370/71. Según la queja debe tomarse para el cálculo el "salario a órdenes" y no el que tomara el actor al practicar liquidación en su demanda.

Como primer paso para dar respuesta a la queja, debo analizar si al contestar la demanda la quejosa hizo alguna observación al procedimiento empleado por la actora para la liquidación de este rubro y de la misma no surge que haya realizado planteamiento de disconformidad alguno. Por lo tanto, esta cuestión no integró la relación procesal ya que no formó parte de la litis.

Ya he dicho en votos anteriores que la Cámara no está obligada a considerar una cuestión que, por no haber sido articulada en oportunidad de contestar la demanda, resulta ajena a la relación procesal (Conf. SCBA, Ac. y Sent., 1977, II, pág. 274) y si llegara a resolver un tema que no integró la litis y que fue recién introducido en la expresión de agravios, incurre en violación del principio de congruencia (Conf. SCBA, DJBA, 117, pág. 142).

Por lo expuesto, la queja no puede ser considerada en esta instancia y corresponde declarar desierto el punto en tratamiento (doct. Art. 269 CPCC). Así lo voto.

3.7) <u>El cálculo de la indemnización del Art. 2 de la Ley 25.323</u>.

He ubicado como séptimo agravio (hemos visto ya que el escrito de fundamentación del recurso no ha separado ordenadamente los agravios

vertidos y a ello me he referido supra) la cuestión que plantea la quejosa relacionada con el cálculo de la indemnización que establece el Art. 2 de la Ley 25.323. En este aspecto considera la agraviada que la misma no debe aplicarse sobre el monto de la indemnización que contempla el Art. 12 del CCT N º 370/71 porque la misma no puede asimilarse a la indemnización por falta de preaviso.

La Ley 25.323 ha instrumentado un mecanismo sancionatorio destinado a combatir el empleo no registrado o insuficientemente registrado, que consiste en la duplicación de la indemnización por antigüedad que corresponda al trabajador afectado. La misma en su Art. 2° prevé el caso del empleador que, fehacientemente intimado por el trabajador, no le abonare las indemnizaciones previstas en los arts. 232, 233 y 245 de la LCT y los arts. 6 y 7 de la Ley 25.013, o las que en el futuro las reemplacen, y, consecuentemente, lo obligaren a iniciar acciones judiciales o cualquier instancia previa de carácter obligatorio para percibirlas. En tal caso, estas indemnizaciones serán incrementadas en un 50%.

Sabemos que en materia laboral rige como principio rector las pautas que fija el Art. 9 de la LCT, por lo que en caso de duda sobre la aplicación de normas legales o convencionales prevalecerá la más favorable al trabajador, considerándose la norma o conjunto de normas que rija cada una de las instituciones del derecho del trabajo. Si la duda recayese en la interpretación o alcance de la ley, los jueces o encargados de aplicarla se decidirán en el sentido más favorable al trabajador.

El artículo referido consagra la expresión *in dubio pro operario*, una de las manifestaciones del *principio protectorio*, más amplio, que lo engloba y constituye uno de los basamentos generales del derecho del trabajo (ver Art. 11 LCT).

El *principio protectorio* tiene raigambre constitucional; el Art. 14 bis de la Constitución Nacional comienza diciendo: *"El trabajo en sus diversas formas*

gozará de la protección de las leyes, las que asegurarán al trabajador…" (Conf. ETALA, C. A., "Contrato de Trabajo", Ed. Astrea, pág. 44).

El tema a decidir aquí, ante el agravio planteado, es si el incremento previsto por el Art. 2 de la Ley 25.323 debe incluir el "adicional por rescisión" previsto en el Convenio Colectivo de Trabajo 370/71 aplicable a los trabajadores marítimos.

El Art. 12 del CCT 370/71 dispone que "todo tripulante despedido sin causa, además de la indemnización que se fije en el presente régimen, punto 9, percibirá en concepto de adicional por rescisión del contrato de ajuste una suma igual a un mes de sueldo establecido en la respectiva Convención Colectiva de Trabajo cuando la antigüedad en la empresa fuera inferior a cinco años y de dos meses de sueldo establecido en la respectiva convención colectiva de trabajo cuando la antigüedad fuera mayor de cinco años".

Se ha señalado ya por la jurisprudencia la evidente asimilación que existe entre el "adicional por rescisión" con el 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 que 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).

Se plasmó así que el CCT 370/71 fue suscripto con anterioridad a la sanción de la LCT, por lo que al aludir a "los montos indemnizatorios de la ley 11.729 y sus modificatorias" evidente resulta que permite su remisión a una ulterior modificación de esta ley. Y el Art. 12 del CCT en análisis contempla un derecho para el trabajador que resulta equivalente a la indemnización sustitutiva del 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 sujeta (Art. 2), o sea, que sus mejoras son aplicables a la "gente de mar" en la medida que reajusten a las características del trabajo marítimo y al régimen normativo especial (Conf. AUSTERLIC, "La estabilidad de la gente de mar", DT 1977, 253), y la aplicabilidad relativa de la LCT al estatuto pesquero es 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. 11.905, 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 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. Ha sido este el criterio de la Sala "B" de la Cámara de Apelaciones de Trelew 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.

Ahora bien, tocando el punto específico del agravio, la norma del Art. 2 de la Ley 25.323 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. Ya me he referido aquí a la evidente asimilación existente entre el "adicional por rescisión con el instituto de la indemnización sustitutiva por falta de preaviso que contempla la LCT por resultar compatible con la modalidad de la actividad

y con el específico régimen jurídico al que se encuentra sujeta, por lo que resulta inadmisible una interpretación restrictiva del texto legal en perjuicio del trabajador, criterio éste ya adoptado por la Excma. Cámara de Apelaciones de Trelew, Sala "B", en C. 21.051 S.D.L. 16/2006 antes referida.

En consecuencia, por las razones vertidas, como también por aplicación del principio de la norma más favorable (Art. 9, segundo párrafo, de la LCT), el incremento previsto por el Art. 2 de la Ley 25.323 debe incluir el "adicional por rescisión" previsto por el CCT N ° 370/71 (Conf. voto del Dr. Vergara, Cám. Apel. Trelew, Sala "B", 04/02/2008, LL Patagonia 2008 (junio), 279, LL Online: AR/JUR/1139/2008).

En virtud de lo expuesto, corresponde desestimar el agravio en tratamiento. Así lo voto.

3.8) <u>La imposición de las costas</u>.

El último agravio de la recurrente está vinculado con la imposición de las costas. Según su postura no corresponde que se les impongan en su totalidad dado que la parte actora no triunfó en su reclamo por diferencias salariales y porque, en definitiva, la demanda no prosperó por el total reclamado sino por un monto que resulta un 10% inferior al que fuera objeto del reclamo.

La condena en costas no reviste el carácter de "pena" que le asignaban las leyes de Partidas, sino el de una "indemnización" debida a quien injustamente se vio obligado a efectuar erogaciones judiciales, o sea, los gastos que al obligarlo a litigar le ha ocasionado su oponente, con prescindencia de la buena o mala fe de éste y de su poca o mucha razón, pues para la teoría objetiva de la derrota la conducta de las partes o el aspecto subjetivo no interesa (Conf. SCBA, Ac. y Sent., 1956, III, pág. 255).

Por supuesto que vencido es aquel contra quien tiene efecto el reconocimiento judicial que emana de la sentencia o aquel contra el cual se

declara el derecho o se dicta la decisión judicial después de haberle otorgado una razonable oportunidad reaudiencia ya prueba, o sea, contra el que prospera la postura fundamental de la contraparte. También se lo debe individualizar como aquel que se opuso al progreso de la pretensión instaurada y he hecho necesaria la prosecución del juicio hasta obtener la sentencia definitiva (Conf. Cám. 2ª., Sala II, La Plata, C. 80.972, reg. sent. 216/50). A la luz de lo expuesto, ninguna duda cabe que aquí el vencido ha sido la empresa demandada.

Y es de destacar que el que ha sido condenado, aunque fuese en medida inferior a la pretendida por el accionante, reviste el carácter de vencido. Por ende, el demandado no puede cuestionar su condición de vencido, cuando ha prosperado la demanda aunque sea en mínima parte (Conf. SCBA, Ac. y Sent., 1957, II, pág. 62; 1964, III, pág. 530).

En el caso pretende la quejosa que se modifique la imposición de la totalidad de las costas a su cargo porque la demanda prosperó en un monto 10% inferior al reclamado y porque hubo un rubro (diferencias salárialesque fue rechazado.

Respondo a ello diciendo que el demandado no puede discutir la imposición de costas si resultó vencido aun en la hipótesis de una extensión inferior a lo reclamado por el actor (Conf. SCBA, Ac. y Sent., 1974, I, pág. 1250) y no se pierde la calidad de vencida, por el hecho que la accionada hubiera sido condenada por una cantidad menor de la que fuera objeto de la pretensión (Conf. SCBA, DJBA, 95, pág. 169). No cabe, por ende, pretender la descalificación del fallo que, sobre la base de su vencimiento en el juicio, puso a su exclusivo cargo el pago de las costas (Conf. SCBA, DJBA, 121, pág. 332).

Por último, me interesa puntualizar que para establecer el carácter de vencido en una contienda judicial no es admisible parcelar el litigio con relación a los distintos reclamos, como pretende la recurrente, sino que ha

de estarse a un enfoque global del resultado de la controversia (Conf. SCBA, DJBA, 100, pág. 130), a lo que cabe agregar -como justificación de la condena impuesta en su totalidad a la demandada- que la empleadora opuso resistencia al reclamo del actor, negó sus derechos y obligó a la tramitación de todo el proceso para que aquél obtenga el reconocimiento de sus derechos. He aquí otro argumento que justifica plenamente que la Magistrada del inferior la haya condenado al pago de todas las costas del proceso (Conf. Art. 69 CPCC).

Por lo expuesto, comparto el criterio de la sentencia recurrida en el punto en análisis y voto por el rechazo del agravio. Así lo propongo al Acuerdo.

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

Teniendo en cuenta que, de conformidad con lo propuesto en mi voto, la parte demandada resulta perdidosa en el recurso interpuesto, corresponde imponerle las costas de la Alzada (Art. 69 CPCC).

En consecuencia, propongo regular por la actuación en la Alzada los honorarios del letrado apoderado de la parte actora, Dr. J. A. I., en el 30% de los que le corresponda por su intervención en la instancia inferior y los de los Dres. D. R. G. L. y G. N. W., apoderado y patrocinante respectivamente de la parte demandada, en conjunto, en el 25% de los que les correspondan por su actuación en primera instancia (Conf. arts. 5, 7, 9, 13 y concs. Ley XIII N º 4 y su modificat.).

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

<u>A LA PRIMERA CUESTIÓN</u>, 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 la empresa apelante, me pronunciaré directamente sobre los aspectos traídos a decisión de esta alzada, para lo cual y cumpliendo las mandas de los arts. 169 de la Const. Prov., 8 de la ley V N º 17 y 274 C.P.C.C., serán suficientes las consideraciones que siguen.

2.

Tratamiento de los agravios

2.1) La nulidad de la sentencia

La representación letrada de la empresa demandada, achaca a la sentenciante, haber consignado erróneamente que las partes no han alegado, cuando sí lo hizo su parte, lo que torna nula la sentencia en tanto no ha considerado lo expuesto en el alegato, circunstancia que repetirá en la fundamentación del recurso de apelación.

No se compartirá la queja.

El primer argumento para desestimar el planteo es que el planteo de nulidad, comprendido en el de apelación (Art. 255 del CPCC) supone que aun cuando el fallo adoleciera de vicios o defectos, si estos fueran de posible remedio en la apelación, no tiene sentido alguno admitir la nulidad del fallo.

Luego de ello, la nulidad de la sentencia solo procede cuando adolece de vicios o defectos de forma o construcción que la descalifican como acto jurisdiccional, es decir ha sido dictada sin sujeción a los requisitos de tiempo, lugar y forma prescriptos por la ley adjetiva y tales vicios deben ser graves. No se trata aquí de la falta de agregación del alegato, sino que se consignó erróneamente que la partes no habían alegado, cuando es de toda evidencia que el mismo se incorporó al expediente a fs. 302/305 (v.

constancia de fs.306).

Desde esta perspectiva se ha resuelto que por sí sola no es causal de nulidad las omisiones o errores incurridos en el relato de los pormenores de la causa (ED T 88 pág. 686) y que *"No advirtiéndose en la sentencia cuestionada la existencia de vicios formales que justifiquen una declaración de nulidad, es que corresponde desestimar el presente recurso. Ello así, pues cabe tener presente que en la estructura de la sentencia, los resultandos tienen por finalidad la individualización de los sujetos de la acción y la delimitación del objeto del juicio sobre el que ha de recaer el pronunciamiento. La disposición del Art. 163 del Código Procesal establece entre los elementos de la sentencia "la relación sucinta de las cuestiones que constituyen el objeto del juicio" lo que no significa una relación de los hechos sino de las cuestiones controvertidas, por lo que si bien es de estilo judicial agregar una breve relación de las vicisitudes del proceso no resuelta una exigencia legal, por lo que su omisión no infringe ninguna regla procesal y consecuentemente no puede ser motivo de agravio.* ("C., M. e/a: A. P. y M. C. s/Divorcio por presentación conjunta s/ Inc. de Liquid. Sociedad Conyugal" – CAC Y C Resistencia Chaco RS - l000 3652 RSI-70-99).

2.2) <u>Incumplimiento del plazo del Art. 64 del CCT N º 356/ 03</u>

El Art. 64 dice "*Personal a órdenes. El armador o propietario no podrá mantener a ningún tripulante por decisión empresaria, en situación de "a órdenes" por más de noventa (90) días corridos, salvo que el tripulante diere su expresa conformidad o se permitiera por disposiciones emanadas de la autoridad pesquera y del Ministerio de Trabajo, situaciones en las que se prorrogará esta situación por sucesivos períodos adicionales de treinta (30) días corridos cada uno. Vencido estos plazos el armador deberá optar entre: 1. Reembarcar al tripulante o bien, 2. Desvincularlo, abonándole las indemnizaciones que pudieran corresponder*.

Dos cuestiones contiene el agravio.

La primera es que, a partir que las partes asumen el Sr. T. se encontró a

"órdenes", 8 de noviembre de 2008, el plazo de noventa días no se había cumplido. Para ello señalaron en la demanda que entre el 1 de febrero de 2009 al 21 de febrero de 2009 T. usufructuó su período de vacaciones, como que desde el 14 al 17 de abril y desde el 22 al 26 de abril de 2009, dio parte de enfermo liquidándose esos días como enfermedad.

La Señora Jueza no se expidió en la sentencia sobre tales circunstancias, lo cual configura una omisión en su tratamiento y que debe ser revisada en esta instancia.

"*El salario a órdenes no es más que la remuneración correspondiente al personal navegante que queda a disposición del respectivo armador una vez cumplidos los períodos de licencia, francos compensatorios y vacaciones, etc. y no puede ser reembarcado por cualquier circunstancia no imputable al tripulante, o sea, que en concreto, dicho instituto obra como una contraprestación por la puesta a disposición de la fuerza de trabajo no realizada"* (Romero Basaldúa "Gente de Mar. Contrato de Ajuste" pág. 207)

Surge de la pericial contable que en el mes de febrero de 2009 se le liquidaron a T. 21 días de vacaciones como que durante abril de 2009 se le liquidaron 4 días por enfermedad. Es claro que en los períodos que se señalan, Toloza no estuvo a disposición de la empresa. (v. los salarios a órdenes que surgen de la planilla de fs.184)

Ahora bien, la norma no contempla que las situaciones expuestas y acreditadas tengan el efecto interruptivo que procura darle la parte, por lo que en orden al Art. 9 LCT debe interpretarse la norma en el sentido más favorable al trabajador y esta será, que el plazo de noventa días se encontró suspendido para T. durante los días de vacaciones y enfermedad.

Tengo en cuenta para ello, que en momento alguno del intercambio epistolar tales circunstancias fueron argumentadas por A. S.A. (v. fs 10).

La segunda cuestión, respecto a la veda biológica y el derecho de la empresa a establecer los días de veda biológica, no refuta las conclusiones

de la señora Magistrada, quien no sólo marca lo desajustado de las afirmaciones que al respecto se hizo en la contestación de demanda sino que establece que T. se encontraba habilitado para embarcarse en los buques fresqueros de la empresa, como que el BP P. a más de la pesca de langostino, también estaba destinado a la captura de merluza.

El punto no ha sido criticado con la suficiencia técnica que exige el Art. 60 Ley XIV N º 1.

En definitiva la queja se desestima.

2.3) <u>La negativa del actor a embarcarse</u>

La cuestión que introduce la recurrente es inaudible en esta instancia.

Si T. fue convocado reiteradamente a embarcar y no lo hizo, como dijo el testigo M., quien según sus dichos es el contacto para cada embarcado que ingresa a la flota, no fue aducido en la contestación de demanda ni fue motivo de respuesta en el intercambio epistolar, de modo que argumentar con ello la resistencia al embarque para desestimar la injuria laboral, es una cuestión sobre la que el Tribunal no puede expedirse.

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*" (Cám. 2° CC y M San Juan 9-3-82 "García c/ Municipalidad del partido de Rivadavia / Daños y Perjuicios).

El agravio en este punto, es desierto (Art. 60 Ley XIV N º 1 Y 269 CPCC).

2.4) <u>La aplicación del Art. 56 del CCT N º 356/ 2003</u>

El agravio debe desestimarse.

La empresa demandada alegó al tiempo de contestar el requerimiento del trabajador que sólo se encontraba operando el 20% de la flota por cuestiones administrativas, biológicas y económicas y habilitó con los puntos propuestos para la pericial contable (fs 41/41 vta puntos XVI y sgtes.) a que la Magistrada evaluara en su sentencia, la cuestión de la ocupación de trabajadores marítimos con menor antigüedad que el actor.

Esto implica para la parte asumir, que le rige el principio de autorresponsabilidad en el ofrecimiento de la prueba. *" La carga de la prueba implica, por una parte, una regla para el juzgador (regla de juicio), toda vez que indica cómo debe fallar, en el caso de no encontrar la prueba de los hechos sobre los cuales fundará su decisión y reviste asimismo, el carácter de una regla de conducta para las partes, porque fija cuáles son los hechos que a cada una le interesa acreditar; lógicamente consagra el principio de autorresponsabilidad de los litigantes, pues deja librado a su arbitrio el aportar o no pruebas al proceso, sometiéndose en este último caso a las adversas consecuencias."(*L., M. R. c/ A. T. S.A. s/ Indemnización por despido" - SALA N º 2 CÁMARA DE APELACIONES DEL TRABAJO - RS - L000 353 RSD-26-96.

Por ello, todas las quejas que refieren a las facultades de organización de la empresa y a la mayor o menor antigüedad de los marineros que se decide a embarcar, son una mera discrepancia con lo afirmado en la sentencia la que ha dado debida cuenta de las circunstancias fácticas alegadas por la parte, poniendo en evidencia porque la falta de convocatoria a embarque, configuró la injuria, que habilitó al trabajador a finiquitar el contrato de ajuste.

Se advierte que la argumentación carece de una crítica razonada y concreta, toda vez que la falencia recursiva revela que el apelante incurre en una

censura carente de toda potencia impugnativa, sin asumir los términos del decisorio para destruirlos, ni concretar demostración del error jurídico que le enrostra a la sentencia en este punto, por lo que acompañaré al Sr. Vocal preopinante en la declaración de deserción de esta parcela del fallo.

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

El agravio debe desestimarse.

El Superior Tribunal de Justicia se expidió en relación al tema en la causa "C., A. c/ C. S.A. s/ Laboral" (Expte. N º 15.890-C-1997) (S.D. N º 29/S.R.E./97) en el sentido que los rubros que integran el sueldo del trabajador abarca la totalidad de las retribuciones que le son debidas por los servicios que presta al principal, incluyendo las variables -en el caso rubro "producción"- que dependen de la extensión o resultado de la jornada y se hizo una interpretación literal del *Art. 245 de la L.C.T.* dejando plasmado que a los fines de establecer la base del cálculo indemnizatorio se debe tomar la *mejor* remuneración normal y habitual que comprenda el sueldo básico y los rubros variables que lo integran.

Luego de ello y ante la diversidad de criterios en relación al tema que adoptaron las Cámaras de Apelaciones de esta Provincia y en aras de cumplimentar con la función nomofiláctica, uniformadora y dikelógica que le compete, dictó la sentencia en autos "R., D. A. c/ I. de A. S.A. s/ Cobro de Pesos - Laboral" (Expte. N º 20.193-R-2005) y en un nuevo examen de la cuestión ratificó el criterio "*En orden a lo expuesto, y considerando que son cuestiones firmes del fallo atacado que la relación laboral que unía a las partes fue un contrato de trabajo por tiempo indeterminado y que la remuneración mensual que percibía estaba integrada por elementos variables y no variables, dada las particularidades del vínculo laboral; no encuentro fundamentos jurídicos sólidos y determinantes que me permitan apartarme actualmente del criterio sentado por este Cuerpo -en anterior composición-, en S.D. 29/S.R.E/97. Por ende, y tal como lo*

establece el Art. 245 de la L.C.T. propongo al acuerdo casar el fallo y tomar a los fines de establecer la base de la indemnización por antigüedad la mejor, mensual, normal y habitual remuneración que percibió el actor en el mes de abril de 2001; a pesar de estar compuesta por rubros fijos y variables precisamente por la particularidad de la actividad marítima pesquera." (Sentencia N º 01 S.R.E. 14/02/06).

Por lo expuesto, frente al requerimiento de la parte en el sentido de promediar las remuneraciones para determinar la base de cálculo indemnizatorio, lo resuelto por la señora jueza se ajusta a la doctrina legal de esta Provincia, la que por cierto se comparte.

2.6) <u>El cálculo de la indemnización por rescisión contractual del Art. 12 del CCT N º 370/71</u>.

Cuestiona la demandada la base de cálculo para el adicional por rescisión del contrato.

La señora Magistrada adopta como forma de cálculo la que en forma explícita utilizó el actor al peticionar en el ítem (v fs.27), sin que mereciera objeción o reproche para la empresa demandada al tiempo de contestar la demanda.

Por lo que, en el marco de la relación procesal trabada, y dejando a salvo mi criterio sobre el punto, vedado está a esta Cámara ingresar al tratamiento de cuestiones no propuestas a la Magistrada de la anterior instancia so riesgo de vulnerar el principio de congruencia que nos es exigible a los jueces (Art. 280, 165 inc. 6 y 166 del CPCC).

3.7 <u>La indemnización del Art. 2 de la ley 25.323.</u>

Cuestiona la apelante que se incorpore en la base de cálculo de la referida indemnización el adicional por rescisión del Art. 12 del CCT N º 370/71.

Ya he tenido oportunidad de expedirme sobre la cuestión al votar la causa "G. c/ P. A. S.A. s/ Cobro de Pesos-laboral (Expte. N º 290 - Año 2011)" SDL N º 06/12, por lo que tratándose de idéntica cuestión, reitero aquí mis conclusiones.

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 N º 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. Ackerman 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 º 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).

Concluyo desestimando el agravio.

2.8. <u>Las costas</u>

Se queja la demandada en cuanto a la imposición total de las costas, con el argumento que no ha sido condenada por la totalidad de los rubros demandados.

No se comparte el fundamento.

En materia laboral, las normas procésales sobre costas deben interpretarse conforme a los principios esenciales del derecho del trabajo y en especial el protectorio del trabajador, de modo que si el trabajador se vio en la obligación de litigar para que se le reconozcan sus derechos, aunque la condena no alcance totalmente la suma pretendida, no por ello pierde el demandado su carácter de vencido y por lo tanto queda obligado a cargar con las costas, pues debe soportar las erogaciones que debió realizar su contraria para obtener el reconocimiento de su derecho. *"Las costas del proceso deben imponerse al demandado perdidoso, ya que el hecho objetivo de la derrota no sufre desmedro alguno porque el monto de condena sea inferior al reclamado en el escrito inicial, dado que la imposición de costas judiciales no constituye una cuestión matemática, sino que obedece a factores o elementos de juicio flexibles, en donde la apreciación judicial juega un rol preponderante."* (Benítez, Verónica Marcela vs. Avanzada en Odontología S.R.L. y otro s. Despido. CNA Trabajo Sala VII; 13-07-2007; Boletín de Jurisprudencia de la CN Trab.; RC J 11593/07); *"Las costas deben ser soportadas por la demandada cuando la acción prospera por todos los rubros reclamados, aunque por sumas inferiores a las pretendidas. En la distribución de los gastos causídicos no debe prevalecer un criterio aritmético sino jurídico, atendiendo a la índole de las pretensiones de las partes y a los rubros que resultaron procedentes, de manera que si el actor resultó vencedor en el pleito deben imponerse en su totalidad a la demandada, aunque la demanda haya prosperado por una suma inferior a la reclamada.* (Espeche, Hipólito Armando vs. Dunlop Argentina S.A. s. Despido. CNA Trabajo Sala IV; 31-08-2010; Boletín de Jurisprudencia - Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo; RC J 17383/10).

Concluyo la fundamentación de mi voto, propiciando la confirmación de la sentencia en todas las cuestiones que ha sido motivo de agravios.

3.

Las costas

El resultado del recurso amerita la imposición de las costas a la demandada vencida (Art. 69 del CPCC).

La actividad profesional desplegada en esta sede por los letrados J. A. I. por la actora y D. G. L. y G. W. por la empresa demandada, ha sido debidamente ponderada por el Dr. Fiordelisi conforme a su mérito, extensión y éxito, por lo que los porcentajes establecidos se ajustan a esos parámetros y acompañaré su voto en tal sentido (Art. 5 y 13 de la Ley XIV N º 4 y su mod.).

Voto a la primera cuestión por la **AFIRMATIVA**.

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

De compartir los Sres. Jueces integrantes de esta Excma. Cámara lo propuesto en mi voto precedente, el pronunciamiento que corresponde dictar sería el siguiente:

1) CONFIRMAR la sentencia dictada a fs. 308/315 en lo que fuera materia de agravios.

2) IMPONER las costas a la parte demandada que resulta vencida en el recurso (Art. 69 CPCC y 57 Ley XIV N º 1).

3) REGULAR los honorarios del letrado apoderado de la parte actora, Dr. J. A. I., en el 30% de los que le corresponda por su intervención en la instancia inferior y los de los Dres. D. R. G. L. y G. N. W., apoderado y patrocinante respectivamente de la parte demandada, en conjunto, en el 25% de los que les correspondan por su actuación en primera instancia (Conf. arts. 5, 7, 9, 13 y concs. Ley XIII N º 4 y su mod.).

4) REGISTRESE, NOTIFIQUESE y DEVUELVASE.

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

El pronunciamiento propuesto por el Dr. Heraldo Fiordelisi se ajusta al sentido de mi voto.

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 junio 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) CONFIRMAR la sentencia dictada a fs. 308/315 en lo que fuera materia de agravios.

2) IMPONER las costas a la parte demandada que resulta vencida en el recurso (Art. 69 CPCC y 57 Ley XIV N º 1).

3) REGULAR los honorarios del letrado apoderado de la parte actora, Dr. Jorge Alejandro IGON, en el 30% de los que le corresponda por su intervención en la instancia inferior y los de los Dres. D. R. G. L. y G. N. W., apoderado y patrocinante respectivamente de la parte demandada, en conjunto, en el 25% de los que les correspondan por su actuación en primera instancia (Conf. arts. 5, 7, 9, 13 y concs. Ley XIII N º 4 y su mod.).

4) REGISTRESE, NOTIFIQUESE y DEVUELVASE.

REGISTRADA BAJO EL N ° 48/12. SDL.