En la ciudad de Puerto Madryn, a los días de octubre del año dos mil quince, se reúne la Excma. de la Cámara de Apelaciones, con la Presidencia del Dr. Heraldo E. 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: **"C. F. H. c/ C. S.A. s/ cobro de pesos - LABORAL" (Expte. N°316 - 2014)** venidos del Juzgado Laboral N° 1 (Expte. N° 417 - Año 2007), 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. 402

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

1.

La Sra. Jueza en lo Laboral dictó sentencia a fs. 355/361 haciendo parcialmente lugar a la demanda entablada por F. H. C. contra C. S.A., condenando a éste último a abonar la suma de $ 28.467,89 con más intereses y hacer entrega del certificado de servicios y remuneraciones (Art. 80 LCT). Para arribar a dicho pronunciamiento consideró primeramente que las cuestiones a dilucidar eran: 1) la existencia de deuda salarial por días a órdenes, 2) si el actor tuvo razones valederas para considerarse despedido y, 3) si correspondía la indemnización diferenciada por protección sindical (ley 23.551).

Determinó la antigüedad del actor, teniendo en cuenta la reconocida por la empresa en el certificado de trabajo acompañado, que resulta coincidente con la documentación obrante en la CD acompañada por la perito

contadora, en 3 años y 10 meses.

En relación a la primera cuestión -deuda por salarios a la orden- analizó la ley de fondo para luego concluir que en la presente causa, la empresa no ha demostrado (entendiendo que es a cargo de quien está dicha prueba) que el trabajador hubiera solicitado el goce de sus francos compensatorios por lo que, al vencimiento de éstos y de no mediar embarque, la demandada debió pagar días a órdenes hasta que pudiera nuevamente otorgar el mismo.

Citó la pericia contable y luego de hacer un análisis pormenorizado de los períodos reclamados, estableció que a la fecha del despido indirecto la demandada adeudaba al actor el pago de trescientos quince días a órdenes, reduciendo posteriormente al distracto dicha deuda a doscientos ochenta y cinco días por un total de $8.275,68.

Señaló que en relación al reconocimiento del accidente, el actor no formuló reclamos ni peticiones sobre prestaciones dinerarias adeudadas por lo que consideró correcta la cantidad de días reconocidos y abonados por la demandada por dicho rubro.

En orden al segundo punto a considerar, sobre la procedencia y oportunidad del despido indirecto dispuesto por el actor, la sentenciante indicó que, surge de los sendos telegramas que envió el actor a la demandada *"... que habiendo estado a la orden en los feriados... sin haberse abonado salario, intimo..."* entendiendo que si bien el texto es erróneo, es evidente que la interpretación que realiza la demandada es sesgada e interesada. El actor no señaló días específicos correspondientes a feriados, sino períodos durante

los cuales, claramente estuvo a la orden, por lo que ante ese texto, la respuesta de la demandada es mal intencionada.

Consideró finalmente, que el despido indirecto decidido por el actor fue ajustado a derecho ante la abultada deuda salarial mantenida por la empleadora y su negativa a abonar la misma.

Fijó la mejor remuneración mensual, normal y habitual del actor del último año laborado en la suma de $ 2.671,64.

Determinó la inaplicabilidad del tope al convenio colectivo de trabajo 356/03 y expresó que dicha circunstancia de manera alguna perjudica al actor entendiendo que no puede aplicarse el tope de un convenio (CCT 155/91) que no rige la actividad.

No hizo lugar al reclamo meramente liquidado de vacaciones proporcionales, considerando que el actor gozó y cobró las vacaciones 2004 y a la fecha del despido habían transcurrido 10 días del año 2005, inferiores al mínimo legal para generar derecho a un día de vacaciones.

Desestimó la indemnización pretendida con base en la estabilidad sindical argüida por el actor. Entendió que se encuentra probado solamente que C. S.A. recibió la misiva que comunicaba la postulación de Casanovas, y que para la empresa la protección sindical del actor habría vencido a los 6 meses de la oficialización de su postulación, es decir más de 9 meses antes de la decisión del demandante de considerarse despedido (16.03.2004); por lo que no entró en el análisis del argumento referido a la existencia de maniobra antisindical en la conducta de la empresa para con el actor, considerando abstracto el planteo.

Estimó la indemnización agravada con base en la prohibición de despido incausado (art. 16 de la ley 25.561 y sus mod.).

Declaró improcedente el reclamo relativo a la multa prevista en el art. 45, ley 25.345. Sostuvo para ello que la intimación a la entrega de este certificado se efectuó en el mismo telegrama en que el actor decidiera su despido, sin aguardar ya no el plazo establecido por el Dec. 146/01 sino tampoco el del mismo art. 80 LCT, considerando la extemporaneidad de la intimación cursada por anticipada.

Impuso las costas en un 80% a la demandada y en un 20% a la parte actora.

Reguló honorarios profesionales.

2.

A fs. 363 apela la sentencia la parte actora, expresando agravios a fs. 369/373; a fs. 367 apela la demandada, desistiendo del recurso a fs. 375.

3.

3.1.

En su primer agravio la actora recurre la forma y determinación que utiliza la sentenciante para fijar el monto indemnizatorio por el rubro antigüedad.

Señala que no comparte el cómputo realizado por la *a quo* en relación a la fijación del monto conforme art. 245, LCT, en cuanto a la mejor remuneración mensual, normal y habitual del último año laboral, calculada por la cantidad de días navegados.

Entiende que no surgen del fallo las razones de los parámetros utilizados.

Difiere con el cálculo obtenido en cuanto al divisor aplicado y la documentación apreciada en la sentencia (recibo de haberes).

Remarca la falta de motivación de la pieza sentencial en este aspecto y en cuanto a la determinación del valor adicional por rescisión de contrato de

ajuste y ante el rechazo de la indemnización por aplicación de la ley de Asociaciones Sindicales.

Indica que no existe controversia sobre la determinación de la mejor remuneración mensual y habitual que surge de los resultados de la pericia de fs. 276/286 y que el pronunciamiento se extralimitó en cuanto fijó dicho monto.

Destaca que la determinación de la mejor remuneración que realiza la sentencia anterior, ni siquiera fue planteado por la demandada, por lo que el fallo resulta incongruente, violando también el principio objetivo que deben regir las relaciones jurídicas en busca del justo equilibrio de los intereses de ambas partes.

En este punto considero que asiste razón al apelante.

Para arribar al monto de la mejor remuneración mensual, normal y habitual recurre a un cálculo sobre la base de 85 días trabajados (29.04.04 al 21.07.04) que establece como divisor de $ 7.569,84 y que al multiplicar por 30, arroja un monto de $ 2.671,64.

Si bien el cálculo que formula el apelante tampoco es el correcto (considera 89 días, cuando en verdad son 90), lo cierto es que el decisorio no ha dado razones por las cuales se apartó de la pericia contable de fs. 276/286. Máxime, cuando en otro pasaje del pronunciamiento se remite a esa labor pericial.

Aun cuando el dictamen pericial no tiene carácter vinculante para el juez, para apartarse de sus conclusiones debe encontrar apoyo en razones serias, objetivamente demostradas o inferibles de las circunstancias del caso, de acuerdo a los hechos comprobados, que revelen que la pericia se encuentra en clara contradicción con principios lógicos o máximas de la experiencia, o contradice el restante material probatorio de autos.

Los jueces sólo pueden apartarse del dictamen pericial cuando éste adolece de deficiencias significativas, sea por errores en la apreciación de las circunstancias de hecho o por fallas lógicas en el desarrollo de los razonamientos empleados que conduzcan a descartar la idoneidad probatoria de la peritación (cfr. Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, sala X, " Maña y Nuñez, Juan Carlos c. Swiss Medical S.A. y otro", 29/10/2010, La Ley Online, AR/JUR/71949/2010).

Debo sumar a ello que en este punto, la pericia ha sido objeto de impugnación respecto a la aplicación del art. 9, CCT 370/71 y al tope indemnizatorio vigente al momento del despido, que fue desestimado por el pronunciamiento y ha llegado firme a esta Instancia. En cuanto a las explicaciones solicitadas por la demandada en orden a la conformación de los rubros que integran la mejor remuneración percibida en el año anterior, fue objeto de debida aclaración por parte de la experta a fs. 328, y frente al traslado de fs. 329, nada se observó.

Es decir, que conforme con la pericia mencionada, la mejor remuneración percibida por el actor en el último año previo al distracto fue de $ 3.354,99 (ver pto c) del cuestionario de la actora, obrante a fs. 281 y a ese monto habrá de ajustarse el cálculo de la indemnización del art. 245 y de lo dispuesto en el art. 4, ley 25.972, extremos estos que no fueron materia de agravio por parte de la demandada.

Por ello, con fundamento en lo expresado antes, propondré al Acuerdo se admita esta parcela del agravio.

3.2.

Continúa agraviándose en cuanto a la determinación del rubro adicional por rescisión de contrato de ajuste por valor a la orden. En este sentido

sostuvo que la resolución de la jueza nuevamente carece de fundamentación.

Señala que cuando el trabajador percibe remuneraciones variables, debe tomarse un promedio de los últimos seis meses a valores actualizados y no el mes anterior como determinó la sentenciante.

Indica que para fijar el rubro, el perito debe establecer el promedio de las remuneraciones percibidas por el trabajador durante los últimos seis meses una vez asentadas las reales remuneraciones que debió percibir el mismo.

Sabido es que el contrato de ajuste es un contrato de trabajo con caracteres particulares, especialmente por la incidencia de elementos publicísticos en la relación de Derecho privado que se establece entre armador y tripulante. La ley le impone al tripulante la habilitación y el armador la obligación de contratar personal habilitado y matriculado en registros por la autoridad marítima. En el mismo sentido, las particularidades de la prestación de trabajo a bordo tornan inaplicable la disposición 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 su antigüedad (cfr. “Tratado de Derecho del Trabajo” (Mario Ackerman – Director -) , T° V, p. 281/288).

De lo dicho se deben realizar *prima faci* , por la naturaleza del contrato en análisis, algunas precisiones.

En primer lugar, no es acertada la postura del recurrente en orden al pedido del cálculo del promedio de los últimos seis meses de remuneraciones a los efectos del mencionado adicional.

Ha señalado el STJCh que el texto del art. 245, LCT alude a la “mejor” remuneración y no a promedio alguno. La ley, en ese sentido, es expresa y

categórica. La doctrina mayoritaria entiende que cuando la norma de estudio alude a la "mejor remuneración", está partiendo de la premisa de la variabilidad, por cuanto no se puede sostener que una cifra es "mejor" si todas sin idénticas. Mientras que la "habitualidad" implica la persistencia de rubros remuneratorios en la retribución, es decir, la reiteración de pagos por determinados conceptos, puesto que habitual significa, en el texto legal, aquello que se produce con la continuidad, que se repite o reitera. En cuanto al término "normal" es aquello que ordinariamente ocurre y en materia remunerativa es un término que puede ser conceptualizado en virtud de su opuesto: lo anormal, que sería un ingreso desde todo punto de vista excepcional y que no responde a la forma como se ha desarrollado el contrato (Fernández Madrid, "Tratado Práctico", t. II, p., 1737 y 1738; Goldin, citados por Etala, carlos Alberto en "Contrato de Trabajo", Ley 20.744, p. 674/675; Ed Astrea, 5ª ed. Actualizada y amopliada). Estos caracteres, definidos por los juristas especialistas en la materia, deben reunirse no sólo en el caso de remuneraciones fijas; también en el supuesto
de remuneraciones variables como las comisiones, premios a la puntualidad, producción, viáticos, movilidad, bloqueo de título,
responsabilidad jerárquica, etc, siempre que éstos rubros sean normales y habituales (Etala, op. cit; del voto del Dr. Pasutti, SRE 01/2006).

No obstante, el CCT 370/71 que implementa el Régimen de Indemnización por despido del sector, establece en su art. 12 que "*Todo tripulante despedido sin causa, además de la indemnización que se fija en el presente régimen, punto 9, percibirá, en concepto de adicional por rescisión del contrato...una suma igual a (1) un mes de sueldo...cuando la antigüedad en la empresa fuera inferior a cinco (5) años...*".

Si bien el actor ha hecho el planteo de la "mejor remuneración mensual, normal y habitual" para el cálculo de la indemnización derivada del art. 245 y con relación al art. 4, ley 25.972 (tal cual surge del análisis del agravio anterior), ningún pedimento similar vinculado con esa "mejor remuneración" ha formulado respecto al cálculo del adicional por rescisión de contrato. Contrario a ello, se ha limitado a solicitar que se tenga como base del cálculo un "promedio", que, como se ha dicho, ha sido criterio del Superior Tribunal provincial desestimar.

Tampoco ha cuestionado la naturaleza de dicho adicional, en el sentido de su asimilación o no con el régimen jurídico relativo a la indemnización sustitutiva del preaviso, normada en los arts. 232, 233 y cc, LCT. Ello así, en tanto, mientras algunos Tribunales sostienen que se refiere simplemente a un instituto que agrava la indemnización derivada de la rescisión contractual injustificada, pero no es asimilable al preaviso (Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, sala I, "Aguirre, Víctor Hugo c. Bahía Grande S.A. s/ despido", 23/09/2013, La Ley Online, AR/JUR/59318/2013; Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, sala II, "Vega, Ernesto H. c. Sal Nave S.A. y Otro", 25/05/2006, La Ley Online, AR/JUR/3489/2006; 5; Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, sala II, "Vega, Ernesto H. c. Sal Nave S.A. y Otro", 25/05/2006, La Ley Online, AR/JUR/3489/2006), otros, en cambio consideran asimilable su régimen al del preaviso (Cámara de Apelaciones del Noreste del Chubut, sala B, "M., M. c. C. A. de P. S.A., 04/02/2008, LL Patagonia 2008 (junio) , 279, AR/JUR/1139/2008).

Por tales razones, corresponde estarse a lo solicitado por la parte actora a la perito contadora en la prueba por ella ofrecida, cuya respuesta obra a fs. 282 vta/283, y en la que afirmó que "*durante los dos últimos años de relación laboral del actor con la demandada le fueron abonados 30 días en el período enero*

de 2005 por $ 956,41", y que no fuera objeto de impugnación en este punto (por
lo que no tengo razones para apartarme), monto éste que deberá establecerse como el de adicional por rescisión de contrato, tal cual lo fijara el pronunciamiento anterior.
Debe desestimarse esta parcela del agravio.

3.3.

El tercer y último agravio radica en el rechazo de las indemnizaciones por estabilidad sindical. Expresa que el fallo carece de fundamentación legal en este sentido.
Entiende que además de la falta de motivación, la sentencia es arbitraria en su lógica de entender que la demandada no ha tenido conocimiento de la condición del actor.
Señala que la prueba informativa librada a la entidad sindical indica sin duda alguna que la demandada fue notificada de la postulación y de la elección del actor a través de las cartas documento agregadas y que las mimas no fueran impugnadas por el interesado. Cita doctrina y
jurisprudencia en este punto.
Indica que agravia a esa parte que la sentencia le endilgue la fallida prueba informativa al Correo Argentino, sin mencionar la actitud que tuvo la demandada en dilatar el procedimiento con cuestiones que tenía conocimiento desde le primer momento que no iba ni podía probar (navegación interjurisdiccional), y que no obstante ello produjo numerosa prueba y apeló sin fundamento la resolución interlocutoria dictada en su contra. Remarca que surge del informe del Correo Argentino la presunta autenticidad de las mismas.

El decisorio de grado sostuvo que la demandada negó haber recibido las misivas comunicando la postulación y posterior elección del actor para un cargo en el SOMU. Agregó que la actora sólo pudo probar la recepción de la comunicación de la postulación, pero no de haber sido elegido. Agregó que, en tal sentido, la protección sindical habría vencido a los seis meses de la oficialización de su postulación, es decir, el 16 de marzo de 2004, más de nueve meses antes de la decisión del actor de considerarse despedido.

Como se dijera antes, el apelante refuta tales argumentos con la prueba rendida a fs. 302/304. En ese plexo probatorio se da cuenta de sendas cartas documento (una, comunicando la postulación -fs. 302- , la otra el resultado del comicio por el que C. fue electo tercer vocal suplente (fs. 303), informando el SOMU que "*C. S.A. fue notificada por medio de las cartas documentos que se acompañaron al oficio que se responde*".

A su vez, el decisorio, con fundamento en el informe del Correo Argentino de fs. 302, desestimó el rubro por entender que la actora no probó la recepción de la misiva que comunicaba la elección del actor como representante gremial.

Es del caso analizar, entonces, si el informe del SOMU, en el que certifica haber comunicado a la empleadora del resultado de la elección tiene validez para admitir el reclamo.

Se ha señalado que la carta documento con aviso de recepción constituye un instrumento público en el que la prueba del contenido se obtiene mediante la copia certificada de ese acto, pero el recibimiento por parte del destinatario se conoce a través de la constancia de recepción (cfr.esta Cámara, SDL 03/13; Cámara de Apelaciones de Trelew, sala A, 02.03.2010, "J. c/ B.", AP online, del voto del Dr. Velásquez).

El Superior Tribunal de Justicia provincial se enrola en la tesis que considera que las cartas documento son instrumentos públicos. Así lo ha señalado en la causa “C., M. D.” (STJCh, 16/05/2008, DJ 12/11/2008, 2045, DJ 2008-II , 2045 , AR/JUR/7131/2008).

En tal sentido, el Ministro Dr. Royer refirió que, en “SD N° 50/92, en anterior composición, analizando una Carta Documento enviada a través de lo que fue E. y tomando las normas laborales en cuanto a las comunicaciones gratuitas a opción del trabajador, dijo que la Carta Documento "constituye un instrumento público (art. 979 inc. 2 CC) y por ende auténtico y fehaciente...”. Ello así, aun cuando en 1997, por Decreto 840 del 26 de agosto de ese año el Correo fue privatizado, pero mantuvo el carácter –por el respectivo convenio- de “correo oficial”. Luego, el contrato fue rescindido por Decreto del 19.11.2003, y por su art. 5° el Estado Nacional “reasumió la tarea del correo oficial” por vía de una Unidad Administrativa como órgano desconcentrado de la órbita de la Secretaría de Comunicaciones dependiente del Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios de la Nación. De esta referencia histórica se colige la inexistencia de diferencias en el carácter fedatario asignado a las cartas documento, certificados con aviso de recepción, y a los informes expedidos respecto de los mismos antes de que resultara privatizado el servicio de correo, mientras fue prestado por el sector privado y en la actualidad (cfr. STJCh citado).

Se ha señalado también, que resulta improcedente reconocer carácter de instrumento público en los términos del art. 979 inc. 2 del Código Civil a la carta documento que carece de aviso de recepción suscripto por el destinatario o persona autorizada por éste (cfr. Cámara 1a de Apelaciones en lo Civil y Comercial de San Nicolás, “Giuggia, Juan Elio c. Molina,

Néstor Horacio y otro", 15/11/2007, LLBA 2008 (marzo), 209, AR/JUR/8759/2007).

Ello así, pues, tal como lo ha reconocido la Suprema Corte de Buenos Aires, la carta documento reviste carácter de instrumento público, pero dejando en claro que "la reglamentación de la misiva requiere que el aviso de retorno haya sido firmado por el destinatario o persona autorizada por éste y que el empleado que efectúa la entrega -además de asentar dicha autorización- certifique la recepción bajo su firma" (arts. 198, incs. a, b y c y 3 de la Resolución 431/77 de E. reglamento anexo a la Resolución 1926/77, art. 7, incs. 7 y 8 Resolución 1110/84, arts. 7, 10 y 11 (Juba B-49436).

En sentencia del 17.09.96 (caso "Gauna, Mario y otros c/ Díaz, Enrique y otro s/ Indemnización", n° DJBA 151, 285), el Superior Tribunal bonaerense ha dicho que la reglamentación de la carta documento requiere que el aviso de retorno haya sido firmado por el destinatario o persona autorizada por éste y que el empleado que efectúa la entrega -además de asentar dicha autorización- certifique la recepción bajo su firma (arts. 198, 1 incs. a, b, c y 3 de la Resolución 431/77 de E.; reglamento anexo a la Resolución 1926/77, art. 7 incs. 7° y 8°, Resolución 1110/84 arts. 7, 10 y 11). RES 431-1977 Art. 3 ; RES 431-1977 Art. 198; RES 1926-1977 Art. 7 ; RES 1110-1984 Art. 7 ; RES 1110-1984 Art. 10; RES 1110-1984).

Sin embargo, de las constancias obrantes en autos, no surge la existencia de constancia de recepción, que me permita colegir la fecha en que la misma efectivamente se llevó a cabo, circunstancia relevante a los efectos de acreditar si el instrumento postal se puso en conocimiento de la demandada en tiempo oportuno. Sólo, como quedó expresado, existe una certificación del SOMU que manifiesta, en su carácter de remitente, que dicha comunicación fue "notificada" a la demandada.

Como se advierte de lo expresado, dado el carácter de instrumento público que se ha conferido a este tipo de comunicaciones, mal puede el remitente certificar la efectiva notificación al destinatario. Sólo el Correo Argentino en la calidad mencionada es quien tiene legitimación para ello.

Ello así, pues el carácter de fedatario que ejerce el Estado, lo hace a través de Correo Oficial de la República Argentina S.A.

Mediante la Resolución 1926/77 la Administración de Correos resolvió la creación del servicio público de "Carta Documento" y dotó de carácter fehaciente a todos los envíos realizados en cumplimiento de las normas allí establecidas. Sus tres componentes del carácter de fedatario son: a) la constancia de imposición (sello de confronte y fecha en copia del cliente); b) la constancia de entrega (firma y fecha de entrega en aviso de recibo), y c) la constancia del contenido (copia confrontada y archivada en el Correo Oficial).

Tal carácter, que le es reservado conforme con la normativa señalada, torna irrelevante la falta de objeción al informe de fs. 304, pues, como quedara señalado, el remitente no posee facultades para certificar que su propia comunicación ha sido recibida por el destinatario, es decir, ha ingresado bajo la órbita de su conocimiento. Vale señalar que el art. 49, inc. b), ley 23.551 exige que la comunicación al empleador ha de probarse "mediante telegramas o cartas documento u otra forma escrita", lo que aleja toda duda sobre presunción de conocimiento al respecto.

Asimismo, cabe señalar que el hecho que el Correo Argentino indique en su informe de fs. 232 que las copias acompañadas por la actora "podrían considerarse auténticas", no predica sobre la recepción de la misiva.

Sabido es que, conforme el art. 381 del CPCC, pesaba sobre la actora la prueba tendiente a acreditar que la carta documento fue recepcionada por la accionada.

De tal suerte que, de compartir mis colegas de Cámara mi opinión, soy partidario de desestimar este aspecto de la queja.

3.4.

La actora solicita se modifiquen las costas en la medida en que deben ser admitidas las quejas.

En atención a lo expuesto antes, es de aplicación el art. 282, del CPCC.

No obstante ello, no advierto motivos para modificar las de la Instancia anterior, atento los vencimientos parciales y mutuos. Cabe señalar en tal sentido, que la parte del decisorio que se modifica tuvo relación más con una cuestión numérica que con una de índole conceptual, ya que el decisorio anterior sostuvo como base de las indemnizaciones reclamadas la mejor remuneración mensual, normal y habitual del trabajador (art. 72, del CPCC). Tampoco encuentro motivos para la modificación de la regulación de honorarios allí practicada (arts. 5,6, 38 y cc, ley arancelaria).

3.5.

Las costas de esta Instancia serán soportadas en el orden causado, atento el modo en que se resuelve (art. 69, 2ª parte, del CPCC).

Asimismo, regulo los honorarios del Dr. A. R. I. en el 30% de lo que le correspondiere en la Instancia anterior, con más IVA si fuera pertinente (arts. 5,6,13 y cc, ley arancelaria).

Por tales razones, voto **PARCIALMENTE** por la **NEGATIVA A LA PRIMERA CUESTIÓN**, la Sra. Jueza de Cámara María Inés de

Villafañe dijo:

1.

Los antecedentes de la causa, la sentencia dictada y los agravios expuestos por el apelante han sido reseñados por el magistrado que me antecede en el voto, por lo cual 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 N° 17 y 274 C.P.C.C. bastarán las consideraciones que siguen.

2.

2.1. El primer aspecto de la queja está dirigido a cuestionar la forma y determinación de la mejor remuneración mensual normal y habitual sobre las que liquida la indemnización del art. 245 de la LCT como para el agravamiento del art. 4 de la ley 25.972.

Básicamente, cuestiona que, sin ningún fundamento, la sentencia se apartó de la remuneración determinada en la pericial contable (julio/04), la que fue debidamente sustanciada, con respuesta al pedido de explicaciones de la demandada y que no tuvo posterior impugnación. A ello agrega que de la certificación de servicios y remuneraciones surge el monto determinado por la pericia para el mes de julio/04.

Enseña Palacio que la prueba pericial es aquella que es "suministrada por terceros que, a raíz de un encargo judicial, y fundados en los conocimientos científicos, artísticos o prácticos que poseen, comunican al juez las comprobaciones, opiniones o deducciones extraídas de los hechos sometidos a su dictamen (Palacio, "Derecho Procesal Civil", T. IV, pág. 674,

Abeledo- Perrot).-

Para Arazi, "es el medio por el cual personas ajenas a las partes, que poseen conocimientos especiales en alguna ciencia, arte o profesión, y que han sido previamente designadas en un proceso determinado, perciben, verifican hechos, los ponen en conocimiento del juez, y dan su opinión fundada sobre la interpretación y apreciación de los mismos, a fin de formar la convicción del magistrado, siempre que para ello se requieran esos conocimientos" (Arazi, "La prueba en el proceso civil" Ed. La Rocca; 1986, pág. 265).

La peritación es pues una declaración de ciencia, porque el perito expone lo que sabe por percepción, deducción o inducción de los hechos pero es, además, una operación valorativa (Cfme. C2°CCom, de la Plata, Sala III, 12.2.80, Rep. LL XL, J-Z, 1962, sum 1; CCom de Lomas de Zamora, 23.9.75, JA 1976-IV-745, sum. 134.).

La perito Compagnucci, al dar respuesta a los puntos periciales de la parte actora, consignó expresamente que la mejor remuneración percibida el último año corresponde al período julio de 2004 y asciende a la suma de $ 3.354,99 (fs. 281).

La demandada a fs. 291 vta., solicitó a la perito -en relación al monto que indica como mejor remuneración percibida en el año anterior al despido ($ 3.354,99)-, los rubros que la conforman y la respuesta obra a fs. 328. La explicación no ha merecido observaciones ni se ha cuestionado la eficacia probatoria del dictamen en la oportunidad de alegar por parte de la actora (art. 481) sin que la demandada ejerciera la facultad que le brinda el art. 499 del CPCC.

El juez es soberano al sentenciar en la apreciación de la prueba y de los hechos, dentro de los cuales se encuentra el dictamen pericial.

Así lo interpreta de modo unánime la doctrina judicial; pero, en

consonancia con las reglas de juzgamiento enunciadas por el precepto, se le ha señalado una valla, pues deberá aducir razones de entidad suficiente para apartarse de las conclusiones; razones muy fundadas para

desvirtuarlo, pues el conocimiento del perito es ajeno, en principio, al hombre de derecho.

En este lineamiento la magistrado de grado para apartarse de la opinión del experto, debe fundar su discrepancia en elementos de juicio que permitan desvirtuar el informe, concluyendo en el error o el inadecuado uso que la perito hubiere hecho de los conocimientos científicos que por su profesión o título habilitante ha de suponérselo dotada, circunstancias que no concurren en el caso.

Desde la perspectiva que se expone, corresponde admitir el agravio del recurrente y determinar que la liquidación del art. 245 LCT y el porcentaje adicional dispuesto en el art. 4 de la ley 25.972 deberá reajustarse tomando como base de cálculo la mejor remuneración, normal y habitual establecida en la pericia, esto es la que corresponde al período julio/04 de $3.354,99.

2.2.

En cuanto a la determinación del rubro adicional por rescisión del contrato de ajuste, la queja se sostiene en que se ha tomado para su cálculo la correspondiente al mes anterior configurada por días a la orden cuando en el supuesto que el trabajador percibe remuneraciones variables, debe tomarse un promedio de los últimos seis meses a valores actualizados.

El artículo 12° del CCT aplicable establece que *" Todo tripulante despedido sin justa causa, además de la indemnización que se fija en el presente régimen, punto 9°, percibirá, en concepto de adicional por rescisión del contrato de ajusta una suma igual a un (1) mes de sueldo establecido en la respectiva Convención Colectiva de*

Trabajo cuando la antigüedad en la Empresa fuera inferior a cinco (5) años y de dos (2) meses del sueldo establecido en la respectiva Convención

Colectiva de Trabajo cuando la antigüedad fuera mayor de cinco (5) años".

La lectura del art. 12 del CCT Nº 370/71 transcripto, revela claramente que la base de cálculo para liquidar el instituto cuyo pago se reclama, es un mes de sueldo, pero no el mejor como determina el art. 245 de la LCT ni la adopción del promedio de remuneraciones que pretende el actor, en tanto ello no es contemplado por la norma que lo instituye. *"El denominado adicional por rescisión previsto en el art. 12 del CCT 370/71, opera como la indemnización sustitutiva de preaviso que se paga al personal terrestre por lo que*

para su determinación debe tomarse la remuneración próxima a la rescisión."(CNAT Sala VI, Expte. Nº 18.280/11 Sent. Def. Nº 65692 del 30/09/2013 "Alarcón Ricardo Javier c/Vieira Argentina SA s/despido". Base: elDial.com - AL4304).

De modo tal que corresponde desestimar el agravio que propone como cálculo el promedio de las remuneraciones y estar a la remuneración correspondiente al mes anterior al despido de $ 956,41, que se determinó en la sentencia de grado y que llega firme a esta instancia.

2.3

El tercer agravio se sostiene en el rechazo de las indemnizaciones con base en el art. 52 de la ley 23551 con fundamento en que la parte actora no probó que la comunicación, en que se le indicaba a la empresa que Casanovas

había sido elegido en el cargo gremial, llegara a su esfera de conocimiento.

Reitera como para los agravios anteriores la falta de motivación en la sentencia y su arbitrariedad en la lógica de entender que la demandada no tuvo conocimiento de la condición del actor.

Para ello deberá determinarse si la respuesta del SOMU de fs. 304 y que agrega sendas cartas documentos de fs. 302 y 303 es prueba suficiente para acreditar la comunicación a la empleadora.

En su respuesta el S. indica *"Informamos que la empresa C. S.A. fue notificada por medio de las cartas documentos que se acompañan al oficio que se responde, enviadas por el Sr. R. T., quien era en esa fecha el presidente de la Junta Electoral Central del S."*.

Tal como informa el magistrado que me antecede en el voto, tuve oportunidad de expedirme sobre la cuestión en los autos "C., J. N. c/ P. A. S.A. s/ ACCIDENTE" (Expte. 292 Año 2012), SDL N°03/13, en el sentido que la carta documento cursada en tanto, constituye instrumento público que no sólo prueba su contenido, sino también que el destinatario la ha recibido (conf. Falcón, E. "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, anotado, concordado y comentado", t. II, p. 635/6), no resulta idónea en tanto no se acompañe el correspondiente aviso de recepción. *"El aviso de recibo de la carta documento remitida debe cumplir con los recaudos exigidos por la reglamentación, esto es, haber sido firmada por el destinatario o persona autorizada por éste y que el empleado no efectuó la entrega -además de asentar dicha autorización- certifique la recepción bajo su firma*."("U., J. c/ S., J. s/ Indemnización de daños y perjuicios" - CC0000 - TL 9570 RSD-19-41 S - 3-5-1990 Base elDial.com - W8D33).

La notificación a la empleadora "mediante telegrama, carta documento u otra forma escrita", es por imperativo legal (art 49, Ley 23.551), constitutiva del derecho a la estabilidad que el ordenamiento sindical garantiza y era carga del actor acreditar el conocimiento de la demandada del resultado eleccionario, pues como toda comunicación laboral resulta un acto unilateral de carácter recepticio, cumpliendo su finalidad una vez

conocidos por la otra parte y a partir de ese momento.

Ante el desconocimiento categórico formulado por la accionada respecto de las cartas documento acompañadas como prueba documental por el actor, se cursó oficio al Correo Argentino, el que informó a fs. 232 que no podía aportar mayores de datos respecto de los envíos dado que la documentación respectiva fue destruida por vencimiento del plazo reglamentario de guarda, sin perjuicio de lo cual se podía inferir que las mismas podrían considerarse auténticas.

Soy del criterio que más allá de lo informado, no hay prueba alguna de la que se pueda acreditar su autenticidad, su fecha de envío ni existe elemento que permita inferir que la referida notificación llegó a la esfera de conocimiento de C. S.A..

Dejo a salvo que la respuesta del S. de fs. 304, incorporó el aviso de recepción de la cursada respecto de la postulación del Sr. C. (fs. 302), no así el que corresponde al resultado eleccionario y en tal sentido, el S. no es quien puede certificar que su propio despacho postal, ha sido recepcionado por C. S.A.

Las cartas documentos y telegramas son comunicaciones fehacientes que no requieren la presencia de un escribano público en el acto de imposición y entrega, y que brindan certeza acerca de las fechas de admisión y de entrega de los envíos. Asimismo, es el Correo Oficial de la República Argentina S.A. el que resulta fedatario (Res. 1926/77) respecto a que el envío entregado al destinatario es copia fiel de ejemplar en archivo y el obrante en poder del remitente.

De lo expuesto se concluye que en modo alguno se acreditó que la comunicación de fs. 303 fue entregada a la empresa demandada y ningún valor procesal puede darse a la conducta de la demandada, que no impugnó la respuesta del gremio, cuando -como se ha dicho-, negada la recepción de

la pieza postal era carga de la actora en los términos del art.381, probar la eficaz comunicación en los términos del art. 49 de la LAS. Si el gremio optó por notificar por carta documento la designación de Casanovas, era de su propio interés y en protección a su alegado
representante, poner a resguardo el aviso de recepción de la pieza postal, lo que evidentemente hizo respecto de la primera comunicación de fs.302 (v. fs. vta.) y no para la obrante a fs. 303.
Luego de ello, el agravio en el punto debe desestimarse.

2.4.

Es materia de agravio sujeta al resultado del recurso, la imposición de las costas conforme la manda del art. 72 del CPCC.
El art. 282 del CPCC, autoriza la readecuación de las costas al contenido del pronunciamiento. Sin perjuicio de ello, comparto el criterio expuesto por el magistrado que me antecede en el voto en el sentido que lo que deberá modificarse es una cuestión numérica que no amerita modificar la
imposición de las costas de la primera instancia (art. 72 del CPCC) ni los honorarios que allí se regularon.

3.

En cuanto a las costas en esta instancia, en orden al resultado del recurso, soy del criterio que las mismas deben imponerse en el orden causado (art 69 2do.párr del CPCC), siendo ajustados a la actividad cumplida y conforme las pautas arancelarias de los arts. 5 y 13 de la Ley XIII N°4 y su mod. los honorarios propuestos para el Ab. A. I., sin perjuicio de los mínimos legales y con más el IVA si correspondiera.
Voto a la cuestión, **PARCIALMENTE POR LA NEGATIVA**.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN: El Sr. Juez de Cámara Dr. Mario Luis VIVAS, dijo:

En caso de ser acompañado mi voto por mis colegas de Cámara, el pronunciamiento que correspondería dictar es el siguiente:

1. **REVOCAR PARCIALMENTE** el pronunciamiento dictado a fs. 355/361, y en consecuencia **FIJAR** como mejor remuneración mensual, normal y habitual, a los efectos de la indemnización del art. 245, LCT y art. 4, ley 25.972, la suma de pesos tres mil trescientos cincuenta y cuatro con 99/100 ($ 3.354,99), **CONFIRMÁNDOLO** en todo lo demás que fuera materia de
agravio.

2. **IMPONER** las costas de esta Instancia en el orden causado (art. 69, 2ª parte del CPCC).

3. **REGULAR** los honorarios del Dr. A. G.R. I. en el 30% de lo que le correspondiere en la Instancia anterior, con más IVA si fuera
pertinente (arts. 5,6,13 y cc, ley arancelaria).

4. REGISTRESE, **notifíquese y devuélvase.**

Así lo voto.

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

El pronunciamiento que corresponde dictar es el que propone el Dr. Mario Luis Vivas.

Así lo voto.

Con lo que se dio por terminado el acuerdo, dejándose constancia que el Dr. Heraldo Enrique Fiordelisi 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 octubre de 2015.

En virtud de lo resuelto en el Acuerdo cuya copia antecede la Cámara de Apelaciones de la ciudad de Puerto Madryn pronuncia la siguiente:

S E N T E N C I A

1. **REVOCAR PARCIALMENTE** el pronunciamiento dictado a fs. 355/361, y en consecuencia **FIJAR** como mejor remuneración mensual, normal y habitual, a los efectos de la indemnización del art. 245, LCT y art. 4, ley 25.972, la suma de pesos tres mil trescientos cincuenta y cuatro con 99/100 ($ 3.354,99), **CONFIRMÁNDOLO** en todo lo demás que fuera materia de agravio.

2. **IMPONER** las costas de esta Instancia en el orden causado (art. 69, 2ª parte del CPCC).

3. **REGULAR** los honorarios del Dr. A. G.R. I. en el 30% de lo que le correspondiere en la Instancia anterior, con más IVA si fuera pertinente (arts. 5,6,13 y cc, ley arancelaria).

4. REGISTRESE, notifíquese y devuélvase.

REGISTRADA BAJO EL N° /15 SDL. CONSTE.