En la ciudad de Puerto Madryn, a los días del mes de noviembre del año dos mil dieciséis se reúne la Excma. Cámara de Apelaciones con la Presidencia de la Sra. Jueza de Cámara María Inés de VILLAFAÑE y la asistencia del Sr. Juez de Cámara Dr. Heraldo Enrique FIORDELISI para celebrar acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **"H., I. D. c/ P. S. I. S.A. s/ Cobro de pesos e indem. de ley" (Expte. N°201 Año 2016),** venidos del Juzgado Laboral N° 2 (Expte N°10006/14) en apelación. Los magistrados resolvieron plantear las siguientes cuestiones: **PRIMERA CUESTIÓN:** ¿es justa la sentencia apelada?; **SEGUNDA CUESTIÓN:** ¿qué pronunciamiento corresponde dictar? y expedirse en el orden sorteado a fs. 344.

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

1.

La sentencia de primera instancia hizo lugar a la demanda incoada por I. Delfín H. y condenó a P. S. I. S.A. a abonarle, dentro del quinto día y mediante depósito judicial la suma de seiscientos diez mil quinientos treinta y tres pesos con veinte centavos ($610.533,20), más los intereses que determina, impuso las costas a la demandada y reguló honorarios a letrados y peritos.

Para así resolver tuvo por incausado el despido dispuesto por la patronal, admitiendo la postura de la parte actora en el sentido que H. fue intimado a cumplir una tarea que le resultaba de imposible cumplimiento de acuerdo a su habilitación y las disposiciones vigentes de la autoridad marítima.

Refirió al intercambio epistolar cumplido y que ha sido válido conforme sendos informes del Correo Argentino, transcribió su contenido y que el

despido se produjo porque el actor no se presentó a trabajar a pesar de la notificación que se le efectuó y que tampoco había informado sobre los motivos del incumplimiento, faltando con ello a las obligaciones laborales a su cargo.

En apretada síntesis a los fines de reseñar los antecedentes de la sentencia, una intimación a presentarse, el día 27/11/2013 a las 10 horas, en P. S. I. S.A. para notificarse de los servicios de guardia en puerto que debía realizar en el B.P. M. y al despacho postal cursado por H. el 26/11/13, notificando que por razones familiares no se

presentaría a hacer guardias y que era "operario de planta en relación con la empresa no soy marinero ni sereno".

Expuso las cuestiones del vínculo laboral que no estaban controvertidas (categoría de operario de planta, que solo poseía una cédula de embarco como documentación habilitante para las tareas que se fueron asignadas durante su relación laboral con la empresa).

Dijo que H. no podía integrar la tripulación de un buque según la reglamentación vigente y que en definitiva no contaba con la autorización correspondiente por la autoridad marítima para cumplir funciones de guardia, como le fue requerido mediante la comunicación obrante a fs.08 y que, tal como postula la actora, le fue exigida por su empleadora una prestación de tareas que era de cumplimiento imposible.

Valoró los informes de la Prefectura Naval Argentina, las disposiciones del REGINAVE y el Anexo N°3 del Agregado N°2 de la Ordenanza N°03/09 (DPSN), Dotación de Seguridad para Buques Pesqueros, concluyendo que la notificación de fs. 08 -génesis del despido dispuesto posteriormente- cursada al trabajador, fue un requerimiento que, de cumplirse, violaba las normas reglamentarias vigentes, como lo informó Prefectura Naval Argentina.

Razonó que no corresponde considerar que el trabajador, al rehusarse a cumplir las tareas de guardia- que no eran las propias de su categoría y a las que no se encontraba habilitado por la autoridad marítima para cumplirlas-, pueda configurar una causa que legitime el despido dispuesto por su empleadora, por lo que entiende no configurada la injuria que justifique el despido decidido por la empleadora.

En cuanto a las indemnizaciones legales reclamadas en la demanda, las declaró procedentes y las cuantificó conforme el dictamen del perito contador R. A. C., de fs. 245/257 y fs. 278/280.

Admitió el rubro antigüedad por una suma de $356.172,96; adicional por rescisión art. 12 CCT 370/71 por $25.358,45; el cálculo del SAC conforme la Ley N°23.041 y su Decreto reglamentario N°1.078/84 y su deficiente liquidación que asciende a $38.236,09.

Reconoce el agravamiento indemnizatorio contemplado en el art. Art. 2 Ley 25.323 por $190.765,70 (356.172,96 + 25.358,45 x 50%).

En cuanto a los intereses dice que se computarán conforme la tasa que utiliza el Banco del Chubut S.A. para sus operaciones generales vencidas, hasta su total y efectiva cancelación (art. 768 del Código Civil y Comercial).

La sentencia es apelada por la demandada a fs.317, los agravios se agregaron a fs.319/324 y su réplica a fs.326/335.

2. <u>Los agravios de S. I. S.A.</u>

Luego de reseñar los antecedentes de esta causa, la recurrente individualiza tres agravios.

En el primero cuestiona que se hizo lugar a la pretensión indemnizatoria basada en una causal de justificación diferente a la fundamentada por el

actor para no presentarse a la citación de la empresa para la asignación de tareas de guardia, lo que torna la sentencia en arbitraria por incongruente.

Señala que la magistrada descarta todas sus argumentaciones, haciendo una parcializada síntesis de como sucedió el intercambio epistolar y refiriendo solamente que, al responder a la citación, H. notificó que era operario de planta en relación a la empresa y que no era ni marinero ni sereno, circunstancia que a criterio del apelante no lo alejaba de las obligaciones laborales.

Dice que el actor no argumentó esa causa para no presentarse a trabajar, que lo hizo por razones familiares y que aquél hecho nunca estuvo en crisis, esto es sabían que era un operario de planta.

Sustenta su queja, en que la jueza fundó su fallo en una cuestión alegada en la demanda, en forma posterior al acontecimiento rupturista que no había sido objeto del intercambio epistolar, afectando el principio de congruencia.

Alude a que sostuvo, desde la contestación de demanda, que la cuestión de la cédula de embarque y ser operario de planta no podía ser citado para llevar a cabo tareas de guardia resultaba extemporáneo ya que la causal aducida padecer problemas familiares.

En el segundo agravio, dice que en la sentencia se falló arbitrariamente teniendo por sentado que H. no podía integrar la tripulación del buque según la reglamentación vigente. Señala que si bien no puede integrar la dotación mínima de seguridad o navegación, se puede mejorar / ampliar la dotación mínima de seguridad de la embarcación en su conjunto y que ello es potestad de cada empresa.

Reitera que H. había cumplido tareas de guardia y ningún reparo había opuesto sobre el particular; que la empresa cumplía con la guardia mínima de seguridad por personal habilitado a esos fines y que la reforzaba con personal no marinero; que H. había cumplido esas tareas con la cédula de

embarque y que esa circunstancia era controlada por la PNA quien observa que el personal de guardia mínima reúna los requisitos de la

REGINAVE.

Agrega que conforme los usos y costumbres, en la carta de estilo siempre se agrega que concurran con la documentación habilitante, por lo que es un aviso de previsión, en tanto la empresa no tenía dudas que H. sólo contaba con la cédula de embarque.

En otro aspecto de la queja dice que lo agravia la base tomada por la magistrada para el cálculo de la mejor remuneración mensual devengada y que conforme el art. 55 CCT 356/03, debe considerarse el promedio de las remuneraciones percibidas durante los últimos doce meses y al no hacerlo ni brindar justificativo alguno, la sentencia es arbitraria.

En el tercer agravio se queja de la admisión de diferencias en el SAC, sin considerar los argumentos de su parte en cuanto a la inconveniencia de aplicar la ley 23041 a los trabajadores que cumplen funciones de embarcados.

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

a) Inicio el tratamiento de los agravios señalando que la sentencia arbitraria es aquella en la que el juez, sin dar razones y basado en su sola opinión personal se aparta de los extremos fácticos y legales del caso, llegando a una conclusión jurídicamente inadmisible y dejando en evidencia la valoración absurda de los hechos por el juzgador que la convierten en un acto de mera voluntad.

El STJCH ha manifestado que la procedencia de la tacha de arbitrariedad requiere un apartamiento inequívoco de la solución normativa prevista para el caso o una absoluta carencia de fundamentación. *"Arbitraria es la sentencia que no da razones o cuyas razones trasiegan de modo intolerable las reglas de la*

lógica, la experiencia o la psicología y que un adjetivo tal implica reconocer (o denunciar para el caso de la que viene en casación) que el acto jurisdiccional de que se trata es el producto del arbitrio o capricho de los jueces antes que una derivación razonada del derecho vigente atenida a las constancias de la causa, constituyendo un verdadero abuso del poder estatal del que, aquellos los jueces, están investidos, circunstancia que no se materializa en la sentencia en crisis".(STJ SD 002/07).

En reiteradas oportunidades el recurrente alude que la sentencia en crisis es arbitraria y no advierto que esa sea una calificación que se adecue al fallo dictado, más allá de los señalamientos que se formularan al dar respuesta a los agravios.

Por otro lado, luego de confrontar los fundamentos del fallo en crisis y las razones expuestas por la demandada, considero que la queja desarrolla una línea argumental que permite apreciar que los motivos expuestos contienen suficiencia técnica que autoriza a ingresar a su estudio. Por lo cual y sin perjuicio del resultado que puedan alcanzar las impugnaciones efectuadas, se rechaza la petición formulada por el accionante de declarar la deserción del recurso que insinúa la actora en su responde.

b) La cuestión que fue puesta a consideración de la magistrada de grado fue el despido directo que dispuso P. S. I. S.A. respecto del trabajador H., quien citado telegráficamente el 22/11/13 para comparecer a las 10 hs. del día 27/11/13 a planta y notificarse de los servicios de guardia en puerto en el BP M., no lo hizo.

Es un dato objetivo y reconocido por el actor que no se presentó a cumplir tareas como que el telegrama que cursara el día 26/11/ 2013 entró en la esfera de conocimiento de la demandada con posterioridad al telegrama de despido cursado el mismo 27/11/2013.

Desde esta perspectiva sabido es que la justificación de la causal de despido, sea directo decidido por la empleadora, sea indirecto dispuesto por el trabajador, corresponde a quien produce la extinción del vínculo, conforme al art. 381 del CPCC.

En tales condiciones, desde que la empleadora decidió la rescisión del vínculo por no haberse presentado a trabajar a pesar de la notificación efectuada ni tampoco informado sobre los motivos del incumplimiento, es a esa parte a quien le incumbe la prueba del hecho alegado como causal de despido por aplicación de la normativa citada.

La magistrada de grado, no aborda la cuestión desde la perspectiva que expongo y siguiendo la postulación de la actora (como expresamente reconoce a fs. 312), razona que mediante la comunicación de fs.8 le fue exigida por la empleadora, una prestación de tareas que era de cumplimiento imposible y sobre esa argumento sostiene que el despido fue ilegítimo.

H. reconoce que no se presentó a trabajar y los términos de la comunicación obrante a fs. 3 son *"Notifico que por razones familiares no me podré presentar hacer guardias, notificando q´soy operario de planta en relación con la empresa no soy marinero ni sereno*".

Esto es, H. no manifiesta en momento alguno que no se presentará a trabajar porque la citación es a prestar tareas que no le corresponden.

Frente a esa comunicación y conforme a la CD que obra a fs. 5 de fecha 29 de noviembre se le señaló que había sido notificado con antelación suficiente a prestar servicios, que no lo hizo ni informó bajo ningún medio "la justificación que esgrime hoy".

En fecha 3 de diciembre de 2013 -ya efectivo el despido- H. remitió otro telegrama señalando *"Debido a que he mandado un telegrama el día 26/11/2012 donde informe que no podía presentarme a su citación. El viernes 29/11/2013 me*

presenté en la empresa para entregar certificado médico y no fui atendido por nadie (El portero informó que estaban de vacaciones, por ello pido que quede sin efecto el despido ya que no incumplí mi obligación laboral en mis 14 años de trabajo para ustedes". La referida comunicación fue desestimada por la empresa señalando la contradicción en los motivos de justificación expuestos, como que hubiera intentado presentar un certificado médico en su lugar de trabajo, sin perjuicio que también podía haberlo entregado en el servicio médico de la empresa.

Tampoco en esta oportunidad, posterior al despido, H. introdujo como cuestión que la citación era para cumplir tareas para las que no estaba habilitado.

Si el trabajador entendía que la citación era defectuosa o ilegítima, elementales razones de buena fe le imponían haber requerido a la empleadora inmediatamente después de ella, las precisiones y aclaraciones que estimaba pertinentes (arg. arts. 62 y 63, LCT) o bien expresar directamente su voluntad que no se presentaría a la citación por los motivos que luego expuso en su demanda. Por el contrario, remitió una comunicación que intentó justificar la ausencia y que fue recepcionada tardíamente.

A más de ello ha reconocido las firmas en los partes de guardia que se le han atribuido (v. confesional de fs.168, pos. 8va del pliego obrante a fs. 167 respecto de las firmas de fs. 62/63). Y los días de guardia en puerto han sido liquidados conforme surge de los recibos adjuntados por el perito a fs. 273/275/277 sin observaciones de la actora.

Lo cierto es que H. cuenta con cédula de embarque y en los términos del contrato de ajuste que la misma parte agregó a fs.11, su rol era el de operario de planta. Y aun cuando no pudiera integrar la dotación mínima de seguridad del buque y si la complementaria que se ha

sostenido y que admite de práctica la CAPIP (v. fs. 226), es la Prefectura Naval Argentina la que toma intervención y controla el cumplimiento de las formalidades administrativas que sus propias normas prevén.

c) Dicho lo anterior, tendré por probado que la demandada logró probar la inasistencia injustificada de H. a la citación para presentarse en la sede de la empresa, el día 27/11/2013, para notificarse de los servicios de guardia en puerto que debería realizar en el buque pesquero M. que se le habían asignado.

Asume la parte actora que el telegrama cursado en fecha 26/11/2013 intentando justificar la inasistencia fue recepcionado por la demandada en fecha 28 de noviembre de 2013 a las 12,52 hs.

También está reconocido que frente a la comunicación del despido, indicó que se había presentado a la empresa el 29/11/2013 para entregar un certificado médico. Lo que no ha logrado probar que no pudo hacerlo porque se le informó que todo el personal se encontraba de vacaciones. En el marco de la pericial contable, se acreditó que no había personal de vacaciones (fs. 256).

Se cuestiona en la demanda la medida dispuesta por la patronal, que -en forma inmediata a la inasistencia- despachó el telegrama de despido desatendiendo el principio rector del art. 10 de conservación del empleo y que la disolución del vínculo en los términos del art. 242 es para casos graves que no consientan la prosecución de la relación. También se alegó sobre los recaudos que configuran el abandono de trabajo previsto en el art. 244 del LCT y que la demandada actuó de manera apresurada, importándole poco y nada el vínculo laboral.

En relación a ello, la empresa ha señalado que la causa del despido fue la falta de presentación a bordo en la fecha y hora señaladas para cumplir un

servicio lo que implicó un grave incumplimiento a las obligaciones y compromisos asumidos (fs.81 vta. y 82 de la demanda)

Sin perjuicio que, conforme al art. 2° LCT, las relaciones de trabajo regidas por estatutos especiales -en el caso el C. de Comercio y la Ley de la Navegación constituyen una regulación especial asimilable a uno de ellos- y la ley general no son, necesariamente, incomunicables, la aplicación de las normas de ésta está supeditada a su compatibilidad con la "naturaleza de la relación" y con el específico régimen jurídico a la que se halla sujeta.

En ese contexto, la enumeración que, en el art. 991 del citado Código, sigue a la remisión genérica a la "injuria", incluye ciertas justas causas de despido que, por necesidad de ajuste a la "naturaleza de la relación", es decir, a las circunstancias concretas en las que se desarrollan la explotación y las relaciones de trabajo que en ella tienen lugar, en el caso del art. 5°, la necesidad de que, en el momento de zarpada, la dotación esté completa, no han sido derogadas, explícita ni implícitamente, por la ley general.

"La directriz general es la de la aplicación de las reglas de la LCT a todos los trabajadores no excluidos expresamente por su art. 2° y su aplicabilidad sólo se encuentra condicionada a que las disposiciones de este régimen 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". Tal premisa es aplicable a la gente de mar cuyo régimen laboral, más allá de su especificidad, entraña en esencia un estatuto especial que integra el Derecho del Trabajo. Desde esta óptica, no se observa incompatibilidad alguna, desde el miraje que propone el art. 2° de la LCT, que impida que el magistrado llamado a resolver una controversia vinculada con la extinción de esta especie de contrato de trabajo, valore la suerte del vínculo con apego a las pautas de los arts. 242 y 243 de la LCT y a los principios que los informan (Simona, Ana "El trabajo de la gente de mar" en "Tratado de Derecho del Trabajo", Dir. Mario Ackerman; Coord. Diego Tosca, Bs As 2006, Tomo V pág. 267/300). Se trata de

una integración normativa ajustada a derecho que no puede ser conceptuada como un soslayo al catálogo de injurias típicas que contiene el art. 991 del C. de Comercio."

(CNAT Sala VIII Expte N° 25.000/03 Sent. Def. Nº 34.571 del 31/10/2007 "Leliveld, Gustavo c/ Empresa P. de la

Patagonia y Antártica SA Pesantar y otro s/ despido").

De modo tal que cuando se trata de la extinción del contrato de trabajo el juez, sin soslayar las causales específicas previstas por el art. 991 del Cód. Comercio vigente a la fecha del distracto, deberá valorar prudencialmente la injuria conforme la manda del art. 242 de la LCT.

En el caso concreto, la omisión de presentarse en la fecha y hora señalada para comenzar los servicios, inasistencia superada por un reemplazo, fue un incumplimiento a las obligaciones laborales pero a mi criterio, no configuró la justa causa de despido invocada.

Véase que la causal prevista en el inc. 5to tiene que ver con la obligación prevista en el art. 139 de la LN, en tanto resulta una obligación de tripulante de presentarse a bordo en la fecha y hora señaladas para comenzar su servicio. Se ha señalado que la seguridad de la expedición y las condiciones de navegación del buque tienen directa relación con que la dotación de seguridad y explotación estén completas.

Ahora bien, H. fue citado para cumplir tareas de guardia en puerto y en los propios términos de la contestación de la demanda y que sostiene en su recurso, la empresa cumplía con la guardia mínima de seguridad que era el personal habilitado para tal fin y que era controlada por la Prefectura Naval Argentina.

Por lo que H., en tanto no contaba con libreta de embarque conforme el informe de fs. 127, no podía estar afectado a la dotación mínima de seguridad sino que debe entenderse que el requerimiento fue para reforzar,

mejorar, ampliar, complementar la dotación mínima de seguridad del buque en puerto.

Por lo que corresponde evaluar si la actitud adoptada por la empleadora fue legítima. Conforme lo establece el art. 243 LCT deben cumplirse tres requisitos formales para la procedencia del despido por justa causa: a) comunicación por escrito, b) expresión suficiente de la causa y c) invariabilidad en juicio de la causa expresada por escrito.

De acuerdo al texto del telegrama ofrecido por la actora e incorporado al proceso como prueba instrumental ya indicado y del escrito de contestación de la demanda, se concluye que el despido fue comunicado por escrito, con expresión clara de la causa y que la demandada, maguer los términos de la demanda, sostuvo exactamente los mismos hechos en la contestación.

Por su lado el art. 242 contiene dos notas distintivas. Por un lado el referido incumplimiento a los deberes de prestación que se generan en el vínculo laboral y por otro la gravedad de aquél que no consienta la prosecución de la relación. Para que una falta pueda constituir justa causa de despido deben concurrir los requisitos de causalidad, oportunidad y proporcionalidad.

Resulta evidente el nexo causal que existe en el presente caso entre la actitud asumida por el actor y el despido ordenado por la empleadora. La causa invocada como injuriosa tiene relación directa con la actitud de concluir la relación laboral emanada de la empleadora.

El requisito de la proporcionalidad debe ser interpretado, en el sentido que la reacción no sea de una magnitud superior a la que la injuria justifique.

No se cuestiona aquí las facultades disciplinarias de la empresa pero si se advierte que, al decidir la extinción de la relación contractual de más de trece años de duración (fs.279), era exigible que, en orden al principio de proporcionalidad que toda sanción debe tener respecto de la falta cometida,

se hubiera aplicado una sanción de menor entidad y no a la disolución del contrato de trabajo. La empresa no alegó y consecuentemente no probó antecedentes negativos del trabajador, por lo que en el caso concurre el reparo de no haberse guardado la directiva de la proporcionalidad en cuanto al ejercicio de la potestad sancionatoria, máxime cuando el ordenamiento brinda la posibilidad de disponer medidas disciplinarias de carácter progresivo.

Por su lado, tampoco procuró la empresa constituir en mora al trabajador, exigiendo que justifique su inasistencia a la citación a presentarse en la planta para cumplir las guardias asignadas.

Es que más allá que en su texto la empresa aludió a que de no hacerlo constituiría abandono de trabajo, lo cierto es que no se acreditó el elemento subjetivo que lo configura, esto es el ánimo del trabajador a no reintegrarse a sus tareas e incluso con posterioridad al despido cursado en la misma fecha de la inasistencia, el trabajador manifestó su intención de continuar el vínculo, lo que fue desestimado por la empleadora.

Desde esa perspectiva, estimo que la decisión de la empleadora no guarda proporcionalidad con la inasistencia injustificada que he tenido por probada y que el despido no resultó ajustado a derecho.

Por lo expuesto, aunque por otros argumentos, la sentencia deberá confirmarse y la demandada deberá afrontar las indemnizaciones derivadas del despido que se tiene incausado.

d. En otro aspecto de su queja y ya en la cuestión indemnizatoria, refiere el apelante que lo agravia en que se haya tomado como base de cálculo la mejor remuneración mensual devengada en el último año, omitiendo

aplicar el art. 55 del CCT aplicable 356/03 que señala que *"se considerará el promedio de todo concepto de los últimos doce meses, o período inferior sino se hubiera contemplado aquél"*.

No ha sido materia de controversia que el CCT aplicable ha sido el 356/03. A fin de dar respuesta a la vehemente contestación de los agravios, en relación a la omisión de identificar el convenio aplicable, debo señalar que, en primer lugar la demandada no alegó una normativa distinta a la de la parte actora y por otro lado requirió vía informativa a la CAPIP acompañe el convenio colectivo vigente al mes de noviembre de 2013 suscripto entre la CAPIP y el SOMU que regula la actividad del personal de marinería, maestranza y auxiliar de factoría que trabaja a bordo de buques pesqueros congeladores con procesamientos a bordo.

La oficiada contestó a fs. 226 y adjuntó un CCT que se agregó a fs. 215/225. Se hizo saber a las partes (fs. 227) sin que mereciera observación alguna de la actora. No obstante ello, el convenio que se adjunta cuyo número, fecha de homologación y de publicación se desconoce, tiene vigencia de un año a partir del 1 de abril de 2014 y hasta el 31 de marzo de 2015.

El perito contador en su respuesta N° 8 a los puntos periciales de la demandada, sobre cuál era el CCT vigente para la actividad, indicó que era el 356/03 que establece en su art. 55 que *"a los efectos de establecer el cálculo de la mejor remuneración mensual, normal y habitual para el cálculo indemnizatorio por cese y sustitutivo de preaviso, se considerará el promedio por todo concepto de los últimos doce meses o período inferior*".

Observada la pericia contable en el punto, el Cr. C. refirió que su respuesta tiene como fuente el art. 55 del CCT consultado en la web del SOMU.

Cotejado el mismo, y en cuanto a su vigencia temporal el Convenio regirá por dos (2) años, a partir del 1° de Enero de 2011 y hasta el 31 de Diciembre de 2012.

Por su lado, no surge de la información que brinda la web, que el mismo se encuentre homologado, ni refiere al CCT 356/03, ni que la CAPIP haya formado parte de su celebración, aun cuando su contenido es similar al aportado por la CAPIP.

Por otro lado y consultado el CCT 356/03 publicado en la base de LL on line AR/LEGI/251L, no surge que se haya modificado por norma posterior el artículo 55.

Por ello y en los estrictos términos de este proceso, admitiré que las normas convencionales tanto la invocada en la pericia contable como la informada por la CAPIP no estaban vigentes al tiempo del despido y lo que es más trascendente no se acreditó que estuvieran homologadas ni publicadas.

Luego de ello, el agravio de la parte demandada debe desestimarse porque no existe norma convencional probada que autorice a liquidar la indemnización por fuera de las pautas del art. 245 LCT, esto es conforme fuera liquidado en la pericial contable de fs. 245/257.

e) En otro aspecto de su queja (individualizado como iii) se queja que en la sentencia se admitieron las diferencias del SAC reclamadas, sin haber considerado los argumentos vertidos por la parte al tiempo de contestar la demanda.

La magistrada de grado dio suficientes razones para admitir el reclamo por diferencias del SAC fundada en la aplicación de la ley 23.041 y su decreto reglamentario N° 1.078/84.

La inconveniencia de su aplicación a los trabajadores marítimos y los argumentos que incorporó tanto al contestar demanda como reitera en sus

agravios, reflejan el criterio empresarial para liquidar el SAC pero sin sustento legal alguno.

Reitero aquí que se desconoce cuál es supuesto último convenio firmado con el SOMU alegado al contestar la demanda y si pretende darle ese carácter al aportado por la CAPIP al proceso, no se justificó que estuviera homologado y publicado sino que tampoco sería el vigente a la fecha del despido.

Por lo brevemente expuesto, el agravio debe desestimarse.

f) Concluyo el tratamiento de los agravios, admitiendo parcialmente la queja en cuanto a los argumentos para disponer el despido incausado y juzgando que debe confirmarse por otros argumentos, la condena a P. S. I. S.A., para lo cual estimo necesario dejar a salvo que no se comparte la tasa de interés aplicada por la magistrada de grado, pero que en el límite del agravio, ha llegado firme a esta instancia.

4.

Requiere la actora se declare la conducta de la demandada como temeraria y maliciosa y se aplique la multa del art. 45 del CPCC.

La inconducta procesal, en términos generales, consiste en aquella que coloca a la contraria en la necesidad de sufrir una pérdida inútil de tiempo o desplegar una actividad superfluo u onerosa.

Son los jueces los obligados a no obviar la valoración de la conducta procesal de las partes y las de sus letrados al momento de pronunciarse en definitiva o previamente, si aquélla fuera de tal gravedad que su consideración no pueda ser diferida para esa oportunidad. El deber de los jueces está específicamente previsto en el CPCC (art. 73 Ley XIV N° 1) tanto en el art. 165 inc. 8 como en la norma que le sirve de base el art. 34 inc. 6) y para lo cual se prevé la sanción de multa (art. 45 del CPCC).

En el ámbito del derecho laboral, es el art. 275 LCT el que establece la sanción, relacionada con la tasa de interés, que deberá aplicarse en el caso que se declarara maliciosa o temeraria la conducta asumida por el empleador que pierde total o parcialmente el juicio y en una enumeración no taxativa, da los supuestos que especialmente han de ser considerados.

El actor no invoca la norma laboral sino que peticiona la sanción en los términos del CPCC y desde esa perspectiva la demandada ha contestado la demanda y en el marco de ella ejercitó regularmente su derecho de defensa, exponiendo sus argumentos y pese a que no fueron receptados en la sentencia de grado, no puede sostenerse que son configurativos de inconducta procesal.

Tampoco puede inferirse ella, por la circunstancia que se haya apelado la sentencia dictada, pues conforme se ha visto los argumentos medulares del fallo de grado para resolver el despido han sido desestimados, más allá que se confirma la sentencia luego de la valoración de la injuria conforme nos impone el art. 242 de LCT.

Tengo presente que las sanciones procesales deben juzgarse con criterio estricto y deben quedar configuradas perfectamente y dejar en el ánimo de quien debe aplicarlas, el convencimiento absoluto de que se ha obrado con dolo o culpa grave y no es éste el caso concreto que se juzga.

5. <u>Las costas.</u>

a) Los argumentos de mi voto, admitiendo parcialmente los agravios, no alteran la condición de vencida de la demandada, por lo que no corresponde readecuar la imposición de las costas ni honorarios determinados en la sentencia de grado (art. 282 del CPCC).

b) Las costas de esta instancia, deberán imponerse a P. S. I. S.A. quien en definitiva, aunque por otros argumentos, resulta vencida en el recurso (art. 69 del CPCC). Los honorarios de los letrados que han intervenido en esta sede se estiman conforme el mérito y resultado obtenido, para el Ab. J. A. I. en el 28 % y para los Abs. R. C. y R. S., en conjunto y proporción de ley en el 27%. En ambos casos sobre los que resulten determinados en la instancia de grado, con más el IVA si correspondiera (arts. 5 y 13 de la ley arancelaria).

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

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

1 – Antecedentes – Sentencia y Agravios

La Sra. Jueza María Inés de Villafañe ha desarrollado en su voto precedente los antecedentes del presente proceso, los postulados y fundamentos de la sentencia en crisis y las quejas esgrimidas por la recurrente como sustento del recurso que se le concediera. Por lo tanto, encontrándose cumplimentados los recaudos de ley, corresponde me aboque directamente al tratamiento de los agravios que expone la apelante.

2 – Tratamiento de los agravios

2.1 – Sentencia arbitraria

La queja le imputa arbitrariedad a la sentencia recurrida.

Se ha acotado en torno a este punto que la *"arbitrariedad"* o absurdo que autorizan a revisar la valoración de la prueba cumplida por el Tribunal de grado es el error grave y manifiesto, con quebrantamiento de las reglas que la gobiernan; tal vicio grave se configura cuando la apreciación no es

coherente y lleva al juzgador a conclusiones claramente insostenibles o abiertamente contradictorias entre sí (conf. SCBA, Ac. y Sent., 1973, II, p. 554; 1974; I, p.978; 1975, p. 348; 1976, I, p. 263; 1976, II, p. 473; 1976, III, p. 77 y 225; 1977, II, p. 288, 591, 686, 698 y 1102; 1977, III, p. 807, 907, 1075; 1978, I, p. 32, 82 y 720; 1978, III, p. 649; 1985, I, p. 609 y 660; DJBA, 130, p. 297).

En concordancia con lo hasta aquí expuesto, en forma reiterada y uniforme la jurisprudencia ha plasmado -con respecto a este tema- que *sólo el error palmario y fundamental, con desvío notorio de las leyes de la lógica o el razonamiento viciado de modo tal que lleve a proposiciones que se oponen recíprocamente o que son incongruentes, constituye "arbitrariedad" o "absurdo" o cuando el tribunal sienta conclusiones en abierta contradicción con las constancias fehacientes de la causa.* Siendo también *"arbitrario" lo que escapa a las leyes lógicas formales y las transgrede, o lo que es impensable e inconcebible y no puede ser de ninguna manera, por haber quedado al margen de las reglas del raciocinio, o cuando se declara como prueba aquélla que es rechazada expresamente por la ley o cuando se llama prueba o se da categoría probatoria a lo que por su naturaleza no lo es, o se tiene por tal a una constancia inexistente, o que no se refiere al hecho en discusión, o que demuestra lo contrario a lo afirmado en la sentencia y ha excluido de la valoración elementos probatorios esenciales.* Constituyendo uno de los supuestos típicos de *"arbitrariedad" la prescindencia de pruebas que pudieran ser esenciales o decisivas, alejando toda posibilidad de llegar a la verdad material* (ver MORELLO, A.M., *"Códigos…".*,T. III, págs.725/726 y jurisp. cit.).

Del detenido análisis realizado de la sentencia en tratamiento advierto que no se evidencian en ella ninguna de las condiciones a las que acabo de referirme como para considerarla *"arbitraria"* y, por otra parte, dejo sentado que tampoco demuestra la quejosa el sustento de su imputación con respecto al pronunciamiento en cuestión. De lo hasta aquí expuesto surge con

evidencia que no puede compartirse la postura de la queja en cuanto considera que la decisión es arbitraria dado que tal afirmación está impregnada de una lógica parcialidad exhibida por quien ha resultado perdidoso en la contienda judicial.

2.2 – <u>La justa causa del despido</u>

A) La cuestión central de la problemática en debate comienza con el envío de la C.D. obrante a fs. 8 y 66 de estos autos y que realizara la patronal al actor el día 20 de Noviembre de 2013. En ella *"…se le notifica que deberá presentarse el día 27/11/2013 a las 10:00 horas en P. S. I. S.A., sita en Rawson y Salta S/N° de la ciudad de Puerto Madryn, para notificarse de los servicios de guardia en puerto que deberá realizar en el buque pesquero M., de tal modo que procederemos a su embarque en el citado buque, para cumplir con el turno de guardia asignado. A tal efecto le notificamos que a su presentación deberá Ud. contar con su documentación habilitante al día, para poderlo embarcar conforme a las disposiciones de la P.N.A. y a sus obligaciones laborales con nuestra empresa. Su no presentación en tiempo y forma, motivará que consideremos su actitud como abandono de trabajo y daremos por terminada la relación laboral por su exclusiva culpa…"*; conforme informe de fs. 194/195, esta carta fue entregada al actor el día 22 de Noviembre de 2013. El día 26 de Noviembre de 2013, el actor envía a su empleadora el telegrama obrante a fs. 3 y 69 de autos, que dice: *"Notifico que por razones familiares no me podré presentar hacer guardia. Notificando q' soy operario de planta en relación con la empresa, no soy marinero ni sereno"*.

Llegado el día 27/11/2013 y ante la no presentación del actor en el domicilio de la empresa conforme fuera citado, la empleadora le cursó -ese mismo

día- la C.D. obrante a fs. 2 y 68 de autos, diciendo: *"En virtud a que al día de la fecha Ud. no se ha presentado a trabajar a pesar de la notificación que le efectuamos mediante CD 351876055 y tampoco ha informado sobre los motivos del incumplimiento, faltando con ello a las obligaciones laborales a su cargo, a los compromisos por Ud. asumidos con esta empresa. Damos por finalizada la relación laboral por su exclusiva culpa…".*

Según ha reconocido la demandada, el telegrama que remitiera el actor el día 26/11/2013 fue recibido el día 28/11/2013, o sea, cuando ya había sido enviada la notificación del despido con causa. La respuesta de la demandada al mismo obra a fs. 5 y constituye un rechazo de los dichos del actor y una ratificación del despido con causa oportunamente notificado.

El día 03/12/2013 el actor envió a la demandada el telegrama obrante a fs. 4 en el cual expresa: *"debido que he mandado un telegrama el día 26/11/2013 donde informé que no podía presentarme a su citación. El viernes 29/11/2013 me presenté en la empresa para entregar certificado médico y no fui atendido por nadie (el portero me informó que estaban de vacaciones) por ello pido quede sin efecto el despido ya que no incumplí mi obligación laboral alguna en mis 14 años de trabajo para ustedes".* La demandada respondió el 09/12/13 con la C.D. obrante a fs. 6 ratificando su postura. Lugo continuó el intercambio pero por las cuestiones que hacen al rechazo de la causal del despido por parte del dependiente y a la ratificación de la posición de la empleadora frente a la problemática planteada.

B) Del intercambio postal habido entre las partes y del reconocimiento de los hechos efectuado por ellas en estas actuaciones, surge sin ninguna duda que el dependiente fue citado en tiempo y forma a presentarse a prestar servicios a la empresa empleadora en un día y hora determinado (27/11/2013) y que llegado ese día no se presentó sin ninguna causa y/o

notificación que justificara su ausencia. El mismo día 27/11/2013 la patronal lo despidió en virtud de que ese día no se había presentado a trabajar, ni informó sobre los motivos de su ausencia.

Si bien en el momento en que la empresa despidió al actor no había recibido el telegrama que éste despachó el día 26/11/2013 (fs. 3), es procedente considerar qué razón invocó en dicho despacho el dependiente por la cual no podía presentarse a trabajar. En su telegrama dijo: *"Notifico que por razones familiares no me podré presentar hacer guardia…"*. Concretamente el dependiente invocó que lo que le impedía concurrir a trabajar eran *"razones familiares"* y no otra cosa. Lo demás que expresa en el mismo despacho postal en cuanto a que es operario de planta y que no es marinero ni sereno, en modo alguno fue esgrimido como causal de justificación de la ausencia. Es claro: el actor no dijo que no se presentaba porque él era operario de planta y no era marinero ni sereno. Reitero: la única causal esgrimida como justificación de su ausencia fue *"razones familiares"*.

Ante tan claro panorama, considero que se equivocó el camino al haberse hecho aquí todo un desarrollo sobre si el actor estaba reglamentariamente en condiciones de embarcar o no, si tenía o no la documentación legal, si podía o no hacer guardias, si se lo podía citar a hacer guardias, etc., etc.

De lo expuesto surge -y sobre esto no hay controversia- que el actor debidamente citado a trabajar, no concurrió; que el mismo día de su ausencia injustificada la patronal lo despidió invocando la causal de su no presentación ese mismo día y que el día anterior al que debía presentarse a trabajar, el actor envió un telegrama notificando a la empresa que no podía presentarse a hacer guardias *"por razones familiares"*.

A la luz de los hechos ocurridos, debe aquí dirimirse si existió realmente una causal de despido constitutiva de una injuria que ha impedido la

prosecución del vínculo laboral y si le asistió la razón a la empresa al haber tomado la decisión que tomó con respecto a su dependiente. Para ello, como bien lo destaca en su voto precedente la Sra. Jueza de Villafañe, sin dejar de lado las causales específicas que prevé el art. 991 del Cód. de Comercio vigente a la fecha del distracto, procede realizar la valoración de la injuria conforme lo normado por el art. 242 de la LCT.

C) Corresponde analizar ahora si la sanción del "despido" impuesta por la patronal se ajustó a los parámetros que rigen para dar por concluido el vínculo laboral con causa.

En este caso estamos ante un dependiente que tenía más de 14 años de antigüedad trabajando para la demandada. No surge acreditado en autos que durante el término de la relación laboral el actor haya registrado sanciones de parte de su empleadora.

Es sabido que la denuncia del contrato de trabajo (despido) es el acto jurídico unilateral de una de las partes que pone fin a la relación de trabajo. Esta denuncia puede ser motivada o inmotivada. Es motivada cuando se funda en algún hecho o circunstancia que la ley determina a ciertos efectos (por lo general, indemnizatorios) y es inmotivada o arbitraria cuando no se hace valer ningún motivo legal como fundamento.

Dentro de las denuncias motivadas hay que hacer otra distinción: la motivada es lo que la norma del art. 242 LCT llama *justa causa o injuria* y la que tiene otros motivos legales (por ejemplo, fuerza mayor o disminución de trabajo, etc.).

La *justa causa o injuria* es un motivo de denuncia consistente en el incumplimiento grave de deberes contractuales propios de la relación de trabajo (deberes de prestación o de conducta). Es un ilícito (grave) contractual (conf. LOPEZ-CENTENO-FERNANDEZ MADRID, "Ley de

Contrato de Trabajo", T.II, p. 1187).

El último párrafo del artículo 242 LCT otorga a los jueces la facultad de apreciar la existencia de la *injuria*.

Ahora bien, como sanción disciplinaria el despido está sometido a la observancia de varios principios del derecho disciplinario laboral: a) el que prohíbe la doble sanción por la misma falta (*non bis in idem)*; b) el de proporcionalidad entre la falta y la sanción y c) el de la oportunidad o contemporaneidad de la falta y la sanción (conf. ACKERMAN – DE VIRGILIS, "La reacción ante la injuria", LT, XXX-777).

Debemos tener en claro que en estos casos el *onus probandi* está a cargo de quien invoca los hechos. Quien invoca un hecho tiene a su cargo la prueba del mismo. Este principio se aplica también en el despido con justa causa (conf. SCBA, 27/11/84), TySS, 1985-684). Por ende, si el empleador es quien dispone el mismo, por las causas que además establecerá con claridad en la notificación, las que no podrá alterar con posterioridad, deberá demostrar la verosimilitud de dichos hechos, con pruebas que resulten eficaces para ello.

Obviamente, sobre la prueba de la que estamos hablando, importa demostrar tres componentes relacionados entre sí aun cuando sean diversos: a) el acto jurídico del despido, por medio de la notificación fehaciente; b) los hechos que lo motivaron, por los medios de prueba disponibles que permitan demostrar la falta o incumplimientos graves del trabajador; y c) la entidad de los mismos para justificar el distracto, dado que los hechos deben ser de tal gravedad que impidan la continuidad del vínculo (conf. DE DIEGO, J.A., "Tratado del despido y otras formas de extinción", ed. La Ley., T.II, págs. 55/56).

La magnitud del acto ilícito es la que impide la prosecución del contrato de trabajo. La conducta que se imputa al injuriante es irreparable, y a la vez, no la hace redimible ni soportable, como hecho aislado, y seguramente, como un evento propio de lo que se espera de los dependientes en una organización que suele ser testigo privilegiado de los acontecimientos, y de la conducta e interacción de sus dependientes.

D) De conformidad con lo hasta aquí expuesto, debo continuar avanzando en la revisación de la decisión de la patronal y la causal a los fines de su suficiencia y así poder concluir si la ruptura contractual que dispusiera la empleadora está justificada o si ello importó una medida inadecuada a la luz de las probanzas arrimadas al proceso.

He detallado supra la forma como se encadenaron los hechos que condujeron al despido con causa del dependiente.

Al efectuar esta revisión tengo en cuenta, en primer término, la inexistencia de antecedentes negativos por parte del empleado durante más de catorce años de relación laboral, según lo he destacado supra.

También tengo presente que se ha decidido que aun mediando incumplimiento del deber del accionante de conducirse como un "buen trabajador", que implicaba actuar con especial cuidado en los intereses del empleador, ello no significa necesariamente que el despido fuera la única reacción posible frente a tal circunstancia (conf. CNTrab., Sala VIII, 04/08/2000, TySS, 2000-1008).

Por las mismas razones se resolvió que si el empleador dispone la extinción de una relación contractual de varios años de duración debe proceder con ajuste a la directiva de proporcionalidad, tanto en cuanto a los alegados antecedentes, como en cuanto a la apreciación de la última conducta que

esgrimió como injuria. De allí que si el trabajador tenía varios años de antigüedad en la empresa y no se prueban documentalmente sanciones disciplinarias anteriores -tal como se da en este caso- concurre entonces el reparo de no haberse guardado en el caso la directiva de proporcionalidad en cuanto al ejercicio de la potestad sancionatoria (conf. CNTrab., Sala V, 23/08/82, TySS, 1983-270).

La teoría de la proporcionalidad se ha elaborado especialmente con relación al despido; y a efectos de apreciar la gravedad de la falta, la jurisprudencia ha adoptado, en general, el criterio del decreto-ley italiano de 1924, sobre el empleo privado, en el sentido de que debe tratarse de una falta *"tan grave que no consienta la prosecución, ni siquiera provisoria de la relación de trabajo"*. Así, se ha resuelto que "el despido, para que sea justificado debe guardar relación con la causa que lo motiva y ser la sanción correlativa, directa e inmediata de *una falta tan grave que no consienta, ni siquiera provisoriamente, una vez conocida y comprobada, la prosecución del contrato".*

También se ha hablado simplemente de una *falta gravísima*: "El despido debe fundarse en *falta gravísima*, sin que deje en el ánimo del juez la menor duda sobre la justicia de la medida y de los perjuicios que se evitan al patrón" (CNCom., La Ley, 42-882) (FERNANDEZ MADRID, J.C. y D., "Injurias, Indemnizaciones y Multas Laborales", Ed. La Ley, pág.21).

En el caso, la patronal -al disponer el despido del actor- expresó: *"En virtud a que al día de la fecha Ud. no se ha presentado a trabajar a pesar de la notificación que le efectuados mediante CD… y tampoco ha informado sobre los motivos del incumplimiento, faltando con ello a las obligaciones laborales a su cargo, a los compromisos por Ud. asumidos con esta empresa. Damos por finalizada la relación laboral por su exclusiva culpa…"*.

Es que para que sea procedente la ruptura contractual es menester contar con actos culposos o dolosos de parte del trabajador que lleguen a lesionar

la confianza, la fidelidad y la honradez que es generalmente requisito común del trabajo dentro de la comunidad laboral y dentro de la sociedad.

En este caso, el actor debía presentarse para notificarse de los servicios de guardia en puerto que debía realizar. Surge de autos que el actor hacía guardias cuando el buque estaba amarrado en el puerto pero que el mismo no integraba la tripulación que la P.N.A. exige como guardia mínima. La misma patronal ha explicado que estando el buque en puerto, conforme la decisión de la P.N.A. que toma el jefe de cada delegación, se establecen las dotaciones mínimas con que debe contar cada buque para realizar las guardias y aclaró que esto no significa que el armador, más allá de esta dotación mínima y obligatoria, decida nominar a otro personal de la empresa en demasía de lo que exige la P.N.A. que se agrega a esa dotación.

En el caso puntual de autos, cuando el actor fue convocado, la demandada ya contaba con las personas que reglamentariamente exigía P.N.A., pero además, en el propio resguardo del barco, tenía la facultad de designar otras personas en función preventiva.

O sea, la empleadora tenía cubierto el número mínimo necesario que exige la P.N.A. para realizar las guardias en el buque, pero había resuelto convocar más personal que se adicionaba al obligatorio en la realización de las guardias; entre ese personal -que podría considerarse "adicional"- estaba el actor y para ello fue convocado en la oportunidad. Surge de la contestación de la demanda que la empleadora ha dicho *"…cuando el actor es convocado ya P. S. I. S.A. contaba con las personas que reglamentariamente exigía PNA…"* (fs. 79). También ha expuesto la demandada en su contestación que *"…luego de finalmente poder encontrar un reemplazo, se procedió al despido del actor…"* (fs. 81 vta.); con lo cual queda en claro que la ausencia del dependiente pudo ser cubierta con un reemplazo.

Ante esta sucesión de los hechos, nos encontramos con una ausencia del actor a presentarse a trabajar, que el mismo no informó a tiempo sobre los motivos de ello, que su ausencia implicó -según la patronal- un falta a las obligaciones laborales a su cargo y a los compromisos asumidos por H. con la empresa (conf. notificación de fs. 2). Por estas razones, la empresa demandada lo despidió con causa (por culpa del dependiente).

E) Luego del análisis realizado llego a la conclusión que la imputación efectuada al actor por la empleadora fue apresurada, por cuanto la demandada debió ponderar, a la hora de resolver la situación del trabajador, que la guardia mínima obligatoria exigida por P.N.A. estaba cubierta y que el personal que la empresa había decidido agregar al mismo estuvo también cubierto -en el caso del actor- con un reemplazante, siendo que se trataba de un dependiente con el que había mantenido una relación de más de 14 años de labor a sus órdenes y sin una sola sanción.

A mayor abundamiento y si bien al día 27/11/2013 el mismo no había sido recibido por la patronal, tengo en cuenta que el actor intentó dar una explicación a efectos de clarificar lo ocurrido mediante el telegrama remitido el 03/12/2013 (fs. 4) en el cual solicitó que se dejara sin efecto el despido dado que nunca había incumplido sus obligaciones durante 14 años de trabajo.

Debe ponderarse ante casos como estos que para que se encuentre habilitada la facultad de rescindir el contrato de trabajo con causa, el agravio dirigido de una parte hacia la otra debe ser de una total gravedad que destruya los fundamentos de la relación obrero-patronales y resulte incompatible con su carácter. Se trata de un obrar contrario a derecho o incumplimientos que asuman una magnitud suficiente para desplazar el

principio de conservación del contrato, regido por el art. 10 LCT.

Sin perjuicio de lo expresado en la notificación postal del despido, ello está ratificado en la contestación de la demanda por la empleadora al decir: *"…la causal de despido ha sido la no presentación del actor a bordo en la fecha y hora señaladas para llevar a cabo su servicio lo que implica un grave incumplimiento a las obligaciones y compromisos laborales asumidos, susceptible de dar por finalizada la relación laboral con justa causa"* (fs. 81 vta.).

Del análisis hasta aquí realizado surge, sin ninguna duda, que la falta cometida el día 27 de Noviembre de 2013 por el actor fue la primera en más de catorce años de labor para la demandada. Por lo que cabe preguntarse si, atento la naturaleza del incumplimiento achacado al dependiente, se ha configurado en esta primera falta una injuria de tal gravedad y magnitud que impidiera la prosecución del contrato e hiciera razonable aplicar la máxima sanción (el despido).

Mi respuesta es que la sanción de despedirlo resultó exagerada ante la envergadura y naturaleza de la falta cometida por el actor.

Y tengo en cuenta al dar mi respuesta, además de las circunstancias que juegan en favor del actor y a las que ya me he referido, que tampoco invocó la empresa los efectos perjudiciales para ella que se derivaron como directa consecuencia de la ausencia del dependiente. Nada ha dicho al respecto y menos aún fue ello acreditado en autos. Tampoco acreditó la patronal que la falta del dependiente haya sido de una magnitud y dimensión tal que afectara gravemente los intereses de la empresa impidiendo la prosecución del vínculo laboral.

En circunstancias similares la jurisprudencia ha decidido que si en el entorno fáctico de las relaciones laborales el accionante pudo buenamente pensar que su falta de un día no iba a tener consecuencias, y la demandada más bien pareció querer sacarse de encima un operario, es procedente el pago de la

indemnización por despido (conf. CNTrab., Sala IV, 20/09/89, TySS, 1989-888), inclusive se ha resuelto que *"la ausencia del trabajador por un período de tres días, aun sin aviso, no justifica por sí la ruptura del contrato por parte del principal"* (CNTrab., Sala II, 09/11/76, TySS, 1977-229) y que *"la actitud del trabajador que pretendió alterar los días de asistencia, si bien es merecedora de la aplicación de una sanción disciplinaria, no reviste la gravedad suficiente para justificar el despido"* (CNTrab., Sala II, 25/03/86, TySS, 1986553).

Es que para que el empleador esté eximido de indemnizar por el despido se requiere la proporcionalidad entre la falta y la sanción, y la contemporaneidad entre la disposición patronal y la transgresión incurrida. La máxima sanción, que importa la denuncia motivada de la relación laboral, debe guardar proporción con la entidad de la falta cometida. Es por ello que corresponde considerar injustificado el despido dispuesto por la accionada en perjuicio del actor, si resulta excesivo por no guardar la necesaria porporcionalidad entre la falta cometida y el perjuicio causado, violentando el principio receptado en el art. 10 de la LCT, que consagra el principio de la continuidad del contrato, subsistencia o conservación del contrato.

Si bien la inconducta cometida por el actor pudo resultar un hecho capaz de provocar una lesión en la confianza que debe estar siempre presente en el vínculo laboral, las características que tuvo la relación laboral, la ausencia de acreditación de un perjuicio grave y real al empleador y la ausencia de sanciones anteriores, ponen de manifiesto la desproporción de la medida, máxime cuando la empleadora tenía a su disposición otras menos extremas. Es que la *proporcionalidad* implica que la reacción frente a la injuria no sea excesiva o de una magnitud superior a la que aquella justifique, de modo que este recaudo no constituye un condición matemática, sino, por el contrario, es una apelación a la razonabilidad y prudencia, que a partir del

principio de conservación del contrato y del deber de respeto mutuo obliga a las partes a adecuar y graduar sus comportamientos recíprocos (conf. STJSgo. del Estero, 08/10/07, "Frola, R.A. c/ Lo Bruno S.A.", LLOnline).

Lo hasta aquí expuesto, analizado y fundamentado, me conducen a sostener que el incumplimiento en el que incurriera el actor el día 27 de Noviembre de 2013, si bien justificaba el ejercicio del poder disciplinario de la empleadora demandada, careció de magnitud para validar la decisión rescisoria.

Finalmente, haré una breve referencia a la figura del *"abandono de trabajo"* en razón de haber sido ella mencionada por la empleadora en la comunicación obrante a fs. 8 y 66 (citación al actor a presentarse a trabajar el 27/11/2013). Tampoco podría encajar en esta causal el cuadro de situación que se configurara con la ausencia del dependiente. Y ello se debe a que el mismo texto del art. 244 LCT determina que sólo se configurará *previa constitución en mora, mediante intimación hecha en forma fehaciente a que se reintegre al trabajo, por el plazo que impongan las modalidades que resulten en cada caso"*. Sabido es que la falta de emplazamiento previo impide convalidar la imputación de abandono de trabajo y en el caso este paso no fue cumplimentado por la demandada. La inaplicabilidad de la figura en este caso resulta de toda evidencia.

En razón de los fundamentos hasta aquí expuestos, he de proponer al Acuerdo admitir parcialmente el agravio en tratamiento y confirmar el decisorio recurrido por otros fundamentos que los expuestos por la Sra. Magistrada a quo, en cuanto ha considerado que el despido fue incausado.

Es mi voto.

2.3 – <u>Mejor remuneración mensual devengada</u>

Según la queja, a los efectos indemnizatorios se tomó la mejor remuneración mensual devengada durante el último año, omitiéndose aplicar el art. 55 del CCT 356/03 que dispone considerar el promedio de los últimos doce meses o período inferior.

Bien ha dicho la Dra. de Villafañe en su voto precedente que no está controvertido por las partes que el CCT aplicable es el N° 356/03. Ahora bien, obra en autos la copia de un CCT que fuera remitido por la CAPIP (fs. 215/225), el cual no tiene número y surge del mismo que su vigencia abarca desde el 01/04/2014 al 31/03/2015, por lo que no es aplicable al caso que nos ocupa.

En la aclaración brindada por el perito Contador (fs. 216/230), el mismo acompañó copia del art. 55 del CCT que surge de la página del SOMU referido a la forma de establecer la mejor remuneración mensual, normal y habitual. Como bien también lo ha expresado en su voto precedente mi colega de Cámara, la vigencia de este convenio fue desde el 01/01/2011 hasta el 31/12/2012, por lo que tampoco es aplicable al caso en tratamiento.

No surge tampoco de la información disponible el texto del último CCT firmado por el SOMU y con relación al que remitiera la CAPIP ya referido, no está el mismo avalado por ninguna homologación ni publicación a la fecha de producido el despido de autos.

En razón de lo expuesto, no es posible admitir el agravio y de allí que corresponda liquidar la indemnización por despido conforme lo determina el art. 245 LCT y que surge de la pericia contable practicada en autos.

2.4 – <u>Diferencias del SAC</u>

He de coincidir con mi colega que se expidiera en el voto precedente también en este punto, dado que los términos del agravio simplemente muestran una

postura de la empresa para liquidar el SAC, con la pretensión de que no se realice de la forma en que lo ha decidido la a quo en su sentencia en crisis, pero ello en modo alguno constituye un agravio sólido que logre conmover la misma. A ello se le suma lo que he referido en el punto anterior sobre el desconocimiento del último CCT firmado por el SOMU y a que el remitido por la CAPIP no estaba vigente al momento del
despido del actor. Lo expuesto conduce al rechazo de la queja.

3 – <u>Sanción por temeridad y malicia</u>

La parte actora solicita se sancione a la demandada por temeridad y malicia (conf. art. 45 CPCC).

Las sanciones procesales fundadas en el art. 275 de la LCT o en el art. 45 del CPCC, deben juzgarse con criterio estricto, no bastando para ello que se aleguen hechos no probados o derechos que no resulten acogidos, sino que es preciso que se prueba positivamente que la parte imputada no pudo ignorar la sinrazón de su pedido (conf. CNTrab., Sala I, 30/12/88, DT, 1990A-58).

Debe tenerse presente que para determinar si se ha configurado la *conducta maliciosa o temeraria* a que alude el art. 275 LCT, es necesario proceder con suma prudencia y tener presente que la imposición de sanciones no puede obedecer al solo hecho de que las acciones y defensas hayan sido finalmente desestimadas, ni siquiera que las pretensiones carezcan de sustento jurídico, dado que ello podría coartar la garantía constitucional de defensa en juicio (conf. CNTrab., Sala VII, 26/10/95, DT, 1996-A-1222; íd., íd., 27/03/2000, DT, 2001-A-295).

Teniendo en cuenta los principios que rigen en el caso, no encuentro acreditado a lo largo del proceso ni la *temeridad* (conducta de la parte que deduce pretensiones o defensas cuya injusticia o falta de fundamento no

puede ignorar de acuerdo con una mínima pauta de razonabilidad) ni la *malicia* (conducta procesal que se manifiesta mediante la formulación de peticiones exclusivamente destinadas a obstruir el normal desenvolvimiento del proceso o a retardar su decisión) (conf. PALACIO, L.E., Derecho Procesal Civil, T. III, pág. 52), que las normas legales exigen para que sea procedente la sanción que pretende la actora. Es por ello que he de proponer al Acuerdo el rechazo de la pretensión sancionatoria. Es mi voto.

4 – <u>Adecuación de costas y honorarios</u>

El hecho de haber confirmado que el actor fue despedido sin causa justificada (incausado) pero en base a argumentos que no son los que surgen de la sentencia recurrida, lo que implica una admisión parcial de los agravios de la recurrente, no hacen alterar la condición de vencida de la parte demandada y de allí que no corresponda adecuar la imposición de las costas ni la regulación de honorarios de la instancia originaria (art. 282 CPCC).

5 – <u>Costas de la Alzada</u>

Procede imponer las costas de la Alzada a la parte demandada en su carácter de vencida en el recurso que le fuera concedido (art. 69 CPCC), regulándose los honorarios de los profesionales intervinientes en los porcentajes propuestos en el voto precedente por la Sra. Jueza de Villafañe, en virtud de ajustarse los mismos a las pautas aplicables de la Ley Arancelaria.

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

<u>A LA SEGUNDA CUESTIÓN</u>, la Sra. Jueza de Cámara María Inés de

Villafañe, dijo:

De compartir los argumentos de mi voto, el pronunciamiento que corresponde dictar es el que sigue:

1) CONFIRMAR, por otros argumentos, la sentencia de fs. 306/ 314.

2) SIN ADECUAR costas y honorarios de la primera instancia (art. 282 del CPCC)

3) IMPONER las costas en la Alzada a la demandada vencida (art. 69 del CPCC). **REGULAR** los honorarios del Ab. J. A. I. en el 28 % y los de los Abs. R. C. y R. S., en conjunto y proporción de ley, en el 27%. En ambos casos sobre los que resulten determinados en la instancia de grado, con más el IVA si correspondiera (arts. 5 y 13 de la ley arancelaria).

4) DE FORMA.

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

El pronunciamiento que corresponde dictar es el propuesto por la Sra. Jueza María Inés de Villafañe, expresión de la decisión del Cuerpo que se ha formado al tratar la primera cuestión.

Con lo que se dio por terminado el acuerdo, dejándose constancia que la presente se dicta por dos vocales por haberse formado la mayoría y encontrándose una vocalía vacante (arts. 7 y 8 de la Ley V N° 17), pasándose a dictar sentencia.

Puerto Madryn, de noviembre de 2016.

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, por otros argumentos, la sentencia de fs. 306/ 314.

2) SIN ADECUAR costas y honorarios de la primera instancia (art. 282 del CPCC)

3) IMPONER las costas en la Alzada a la demandada vencida (art. 69 del CPCC). **REGULAR** los honorarios del Ab. J. A. I. en el 28 % y los de los Abs. R. C. y R. S., en conjunto y proporción de ley, en el 27%. En ambos casos sobre los que resulten determinados en la instancia de grado, con más el IVA si correspondiera (arts. 5 y 13 de la ley arancelaria).

4) REGISTRESE, NOTIFIQUESE y DEVUELVASE.

REGISTRADA BAJO EL N° /16 SDL. CONSTE.