En la ciudad de Puerto Madryn, a los días de junio del año dos mil dieciocho, se reúne la Excma. Cámara de Apelaciones, con la Presidencia del Sr. Juez de Cámara Dr. Heraldo E. Fiordelisi y la asistencia de los Srs. Jueces de Cámara Dra María Inés de Villafañe y Dr. Julián Emil Jalil para celebrar acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **"C.O c/ C. S.A. s/ Cobro de Pesos e Indemnización de Ley" (Expte. 307 – año 2017),** venidos del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo laboral N° 2, **(**Expte. N°10071/13), venidos 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. 445.

A LA PRIMERA CUESTIÓN, el Sr. Juez de Cámara Dr. Julián Emil JALIL, dijo:

1.- Antecedentes del caso. En lo esencial, el caso que viene a ser decidido por esta Alzada versa sobre un reclamo laboral de sumas dinerarias, incoado por el actor, señor O.C., contra C. S.A., demandada que fuera su empleador. La sentencia de grado puesta en crisis (fs. 383/391), tuvo por acreditados los siguientes extremos:

a) El actor comenzó a prestar servicio para la demandada el 20 agosto de 1996, siendo su categoría la de "Capitán.Cong.", conforme surge de los recibos de sueldo aportados obrantes a fs. 37/57.

b) Así mismo, el actor efectuó su última travesía en el b/p C. I en los meses de octubre y noviembre de 2010.

c) A partir de ese momento, se le otorgaron francos compensatorios y vacaciones que culminaron el 11 de enero de 2011, quedando de ahí en

adelante, a "órdenes de la empresa demandada". Conforme el planteo del actor y según surge del cotejo de la documental en donde constan sus haberes (fs.37/57), la remuneración disminuye ostensiblemente cuando se "está a órdenes" respecto de cuando un dependiente se halla embarcado. De lo que debe seguirse que no estar embarcado sin justificación alguna, supone un perjuicio.

d) El actor terminadas sus licencias el día 11 de enero de 2011, estuvo 120 días sin embarcar, lo cual "no era normal" de acuerdo al historial de navegación que mantenían las partes.

e) El actor en fecha 12 de mayo de 2011, emplazó a la demandada mediante despacho telegráfico (fs.18) para que: *(i)* Otorguen embarque en su puesto habitual; y, *(ii)* Abonen diferencias salariales por "mala liquidación" de los haberes correspondientes a sus salarios a órdenes, y con especial atención al sueldo anual complementario.

f) La demandada contestó la misiva (fs.20) en fecha 20 de mayo de 2011, manifestando: *(i)* Que conforme referencias efectuadas respecto de intercambios de correos electrónicos -entre actora y demandada de fecha 07 y 10 de abril de ese mismo año-, el reclamante embarcaría en el Buque FUEGUINO I, el cual, no obstante, se encontraba en reparación; y, *(ii)* Que aclare con precisión en qué consiste su pedido respecto de las pretendidas diferencias salariales, poniendo de relieve que en lo relativo al sueldo anual complementario, el mismo se liquida conforme Disposición N° 21 del Ministerio de Trabajo.

g) El reclamante rechazó la epístola en todos sus términos considerándose despedido el 27 de mayo de 2011 (fs.59).

h) La demandada en fecha 24 de junio (posterior al despido inverso), remitió misiva (fs. 19) en la que formalizaba la convocatoria al Buque FUEGUINO I, concretándola para el día 26 de junio de 2011 en el puerto de

Ingeniero White. Sin perjuicio de ello, en la prueba de informes de fs. 324, Prefectura de Puerto Madryn dio cuenta de que no se verifican despachos realizados con relación a los roles de entrada y salida de dicha embarcación durante el primer semestre de 2011, de lo surge que la referida convocatoria tampoco se hubiese concretado.

i) Asimismo, se pone de relieve en la sentencia que "en el primer semestre de 2011 la empresa demandada despachó 17 embarcaciones entre las que se encuentran las dos en las que habitualmente se embarcara el señor C., convocando a otros Capitanes". Se destaca puntualmente que "se encuentra demostrado que los buques en los que había sido embarcado el señor C. en 2010, fueron despachados en once (11) oportunidades durante el período que el actor estuvo a órdenes de la demandada y la fecha en la que se consideró despedido, 12 de enero y 27 de mayo de 2011 respectivamente".

j) Con base en estas consideraciones es que se determinó que la conducta de la demandada configuraba injuria suficiente para que el actor se considere despedido, resultando procedente el reclamo de las indemnizaciones.

k) Precisamente en materia, pone de relieve el pronunciamiento de grado que habrá de aplicar la LCT en la medida en que resulte compatible con la naturaleza y la actividad marítimas y con los regímenes específicos a la que ésta se halla sujeta (v.gr. CCT4/72, 425/01, 370/71 y 356/2003), ello con apoyo en fallos de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo (CNAT Sala IV, Expte: N° 6568/08, Sent. Def. N°95.518 del 24/06/2011, y Sala IV, Expte. N° 14.831/09, Sent. Def. 97.553 del 16/12/2013), la Cámara de Apelaciones de Trelew (y la doctrina del Superior Tribunal de Justicia de nuestra provincia (STJCh. Expte. 22.480 año 2007 – SDL 27/XII/2007, Reg. N° 82/2007), debiendo aplicarse para el cálculo, la norma del artículo 245 LCT.

l) En este orden, se le atribuye fuerza probatoria en los términos del 481 de la ley adjetiva al cálculo efectuado por el experto contable a fs.360/366 (no impugnado por las partes), ascendiendo *prima facie* el monto de indemnización a $1.298.811,45.- (PESOS UN MILLÓN DOSCIENTOS NOVENTA Y OCHO MIL OCHOCIENTOS ONCE CON CUARENTA Y CINCO CENTAVOS).

A estas sumas la sentencia adiciona: *(i)* $18.900,23 (PESOS DIECIOCHO MIL NOVECIENTOS CON VEINTITRES CENTAVOS) en concepto de diferencias salariales por el período que estuvo a órdenes; *(ii)* $42.946,67 (PESOS CUARENTA Y DOS MIL NOVECIENTOS CUARENTA Y SEIS CON SESENTA Y SIETE CENTAVOS) en concepto de segunda cuota del SAC 2010; *(iii)* $14.529,21 (PESOS CATORCE MIL QUINIENTOS VEINTINUEVE CON VEINTIUN CENTAVOS) en concepto de indemnización por rescisión contractual artículo 12 CCT/4/72; y, *(iv)* $649.405,73 (PESOS SIESCIENTOS CUARENTA Y NUEVE MIL CUATROCIENTOS CINCO CON SETENTA Y TRES CENTAVOS) con base en el factor punitivo normado en función de la mora del accionado, por el artículo 2 de la Ley 25.323.

La sumatoria arroja una suma total de $2.024.593,29 (PESOS DOS MILLONES VEINTICUATRO MIL QUINIENTOS VEINTITRES CON VEINTINUEVE CENTAVOS).

m) Dispone la aplicación de intereses a razón de la Tasa Activa que cobra el banco de Chubut, y las costas del proceso a C. S.A. en su calidad de vencida (artículo 57 Ley XIV N°1).

n) No resulta ocioso señalar que la demandada se halla en un proceso de concurso preventivo desde el 14/12/2012 tramitando por ante el Juzgado de primera instancia en lo Comercial N° 15 Secretaría 30 con sede en

CABA, habiendo sido notificado -infructuosamente- el síndico a fin de que tome la intervención que pueda corresponder en las presentes.

2.- Los recursos interpuestos.La sentencia fue apelada por la parte demandada a fs. 396, siendo concedido el remedio a fs.398, obrando los agravios a fs. 401/404.

2.1.-Los agravios de la parte demandada. Los agravios pueden sistematizarse de la siguiente manera:

(a) La sentencia consideraría equívocamente que la actitud renuente a convocar a embarque constituye injuria de gravedad suficiente para que el actor se considere despedido.

Esto a su vez se funda en que: *(i)* La sentencia erróneamente priva de valor probatorio al intercambio de correos electrónicos aportados por la demandada en soporte de papel, desestimando la prueba testimonial en la cual son reconocidos; y, *(ii)* La sentencia no toma en consideración que los 120 días de no ser convocado por la demandada no suponen renuencia alguna, dado que el actor percibió salarios debido a una licencia por enfermedad; y,

(b) El monto de la indemnización al que se arriba, responde a una lógica de cálculo, por medio de la cual se viola el artículo 245 de la LCT, no siendo de aplicación el artículo 2 de la ley 25.323, no habiéndose tenido en cuenta los topes indemnizatorios establecidos por el Ministerio de Trabajo para el establecimiento de bases de liquidación, ni la doctrina emanada del caso "VIZZOTI" decidido por la CSJN.

2.2.- La contestación de los agravios efectuada por la parte actora. La parte actora contesta los agravios formulados por la apelante a fs. 418/422. La respuesta de la actora puede resumirse en las siguientes inteligencias:

a) Los reclamos relativos a los rubros diferencias salariales por el período que estuvo a órdenes por $18.900,23 (PESOS DIECIOCHO MIL NOVECIENTOS CON VEINTITRES CENTAVOS), y segunda cuota del SAC 2010 por $42.946,67 (PESOS CUARENTA Y DOS MIL NOVECIENTOS CUARENTA Y SEIS CON SESENTA Y SIETE CENTAVOS), han quedado firmes por imperio del artículo 280 de la ley ritual;

b) La queja relativa a la desestimación de los correos electrónicos aportados por la demandada en soporte de papel, es errónea en razón de que simplemente manifiesta disconformidad con el parecer del Magistrado de la Primera Instancia, sin siquiera poner de relieve en qué cuestión sustancial debería modificar la convicción en torno a la renuencia mostrada de cara a la esperada convocatoria a embarcar, que fuera causal de injuria suficiente para motivar el despido indirecto;

c) Plantea que la supuesta enfermedad a la que hace alusión el apelante en los agravios, jamás fue óbice a la convocatoria a tomar servicio; y,

d) Entiende que las objeciones que en lo demás se formulan respecto de los montos indemnizatorios no son más que meras reiteraciones de argumentos expuestos en instancias anteriores, sin constituir crítica razonada en los términos normativos que el artículo 268 del CPCC dispone.

3.- Suficiencia técnica del recurso. Los agravios vertidos por la apelante, no obstante su redacción ciertamente confusa, refieren a la parte del fallo que ponen en crisis, e indican los errores del judicante de grado que considera como causa eficiente de sus agravios.

No es ocioso hacer hincapié en este tópico.

Es el temperamento de este magistrado que a fin de interpretar el escrito de fundamentación recursiva, debe primar un criterio amplio, tendiente a tener

por cumplimentada la carga procesal que pesa sobre los hombros del justiciable que insta una nueva etapa en el *íter* del proceso jurisdiccional.

En este orden, la separación de los agravios, puntualizándolos en títulos y acápites, evitando incluso que los diferentes argumentos que se enervan contra la decisión aparezcan expuestos los unos a continuación de los otros, permite la mejor comprensión de la pieza, evitando la reiteración de planteos formulados con anterioridad en el mismo escrito.

La doctrina clásica del Derecho Constitucional en nuestro país se ha pronunciado al abocarse a esta temática en textos que ya son canónicos, considerando que la tramitación ante el órgano jurisdiccional, no se agota con la mera interposición de la pieza mediante se concreta la presentación del justiciable, dado que el mismo, no solo debe ser oído: debe además ser correctamente comprendido. Así, pues la falta correcta sistematización en los argumentos sobre los que se fundan los agravios, cuando obstan a la comprensión, dejan a la jurisdicción frente a la materialidad del libelo que no le revela el sentido de la queja, siendo ello indudablemente un déficit.

Sin perjuicio de lo expuesto, y toda vez que es función de la magistratura penetrar en la justicia del caso desestimando extremos formalistas, estimo que corresponde el tratamiento de los agravios en esta Instancia por constituir -no obstante las flaquezas apuntadas-, una crítica suficiente, concreta y razonada de la sentencia de grado, en los términos del art. 268 del CPCC.

4.- Metodología empleada para el tratamiento de los agravios. Es jurisprudencia arraigada de la CSJN que los jueces no están obligados a tratar todos y cada uno de los argumentos de las partes, sino sólo aquellos que estimen pertinentes para la solución del caso, ni tampoco a ponderar

todos los elementos y pruebas aportados al juicio, bastando sólo aquellos que consideren conducentes para fundar sus conclusiones. (Conf. CSJN, Fallos, t. 294, p. 466, t. 295, ps. 135, 356 y 362; t. 276, ps. 132 y 311; t. 280, p. 320 y t. 302, p. 1564 -Rep. LA LEY, t. XXXVIII, J-Z, p. 1182, sum. 20; p. 1183, sum. 21; p. 1182, sum. 20; Rev. LA LEY, t. 139, p. 764, fallo 24.057-S; t. 139, p. 617; t. 144, p. 611, fallo 27.641-S; Rep. LA LEY, t. XLII, J-Z, p. 2370, sum. 45-, entre otros; CNCiv., sala B, E. D., t. 59, p. 250 -Rep. LA LEY, t. XXXV, J-Z, p. 1670, sum. 141-; ídem, sala C, E. D., t. 59, p. 154 -Rev. LA LEY, t. 156, p. 850, fallo 31.874-S-; ídem, sala D, L. 272.208, del 2/9/82; ídem, sala E, E. D., t. 80, p. 272; ídem, sala F, L. 208.621, del 21/6/83. Asimismo: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala E, "J., F. M.", 16/02/1984, LA LEY 1984-C, 414, AR/JUR/192/1984. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala F, "Vieyra, Witcomb, Jorge R. c. Caisso, María M", 27/08/1982, AR/JUR/1829/1982; y jurisprudencia local: CACR, en autos: "V, J y otro c/ T. C. M. SA (M) s/ Sumarísimo", Expte. Nro. 556/15, entre otros).

Teniendo en cuenta el art. 7 de la Carta de Derechos de los Ciudadanos de la Provincia del Chubut ante la Justicia (Ley V - Nº 108), el presente acto jurisdiccional se redactará de la forma más clara y comprensible para sus destinatarios, intentando emplear una sintaxis y estructura sencilla, sin perjuicio del rigor técnico que sea necesario. En base a lo expuesto, separaré las cuestiones por títulos y daré contenido descriptivo a cada uno de ellos.

5.- Tratamiento de los agravios sobre los que se cimenta el recurso.

5.1.- Acerca de la injuria que diera lugar el despido indirecto. Debo anticipar que a resultas del análisis de la prueba producida en las presentes actuaciones, comparto la convicción judicial de la Señora Jueza de la instancia anterior, en cuanto a que la actitud renuente de la parte

demandada, constituye agravio suficiente para fundar el despido indirecto producido en fecha 27 de mayo de 2011.

Un análisis liminar, me lleva a cotejar los recibos de haberes aportados, advirtiendo que los periodos en los cuales el actor percibe emolumentos derivados de la situación de estar embarcado, resultan sensiblemente superiores a aquellos en los cuales son lo está. De ello habrá de derivarse que una eventual e injustificada negativa a proporcionar las tareas propias del accionante de conformidad con su condición de Capitán, supone en principio un perjuicio económico.

Surge también en forma inequívoca que la última expedición a la cual el actor fuera convocado, data de los meses de octubre y noviembre de 2010, gozando desde ese momento y hasta el 11 de enero de 2011, de licencia vacacional y haciendo uso de diversos francos compensatorios. Surge con claridad que luego ya no estuvo embarcado.

La sentencia considera correctamente que la actitud renuente a convocar a embarque constituye injuria de gravedad suficiente para que el actor se considere despedido.

5.2.- Principio dispositivo y la manda del artículo 280 del CPCC. El actor se agravia, de que la sentencia no toma en consideración que los 120 días de no ser convocado por la demandada no deberían suponer situación de renuencia alguna, dado que el actor percibió salarios debido a una "licencia por enfermedad".

En forma algo confusa hace alusión a que en "el periodo 12/01/2011 al 12/05/2011, al que se refiere el a quo marcando dentro del mismo la obligación de la mandante de citar al actor a embarcar, este percibió salarios debitados por enfermedad", como si durante la totalidad del segmento temporal referido, el accionante hubiese estado enfermo siendo esa la causal

que imposibilitó la convocatoria; no obstante a continuación precisa que se refiere a una licencia por enfermedad que se acreditó mediante "certificados médicos a los que se refiere en su correo electrónico de fecha 12/04/2011, originando el pago del haber del cual da cuenta la pericia contable", de lo cual se colige según el dato aportado por el perito a fs. 359 que se trató únicamente de 18 días.

La licencia por enfermedad no fue planteada por la demandada como causal justificativa de su conducta en la instancia primera, razón por la cual, mal puede la quejosa, introducir un hecho o su re-significación, ante esta Alzada, sin previamente haber sido presentado para su consideración a la Sra. Jueza de grado.

Para ello he de fundarme en la manda del artículo 280 del código de forma, que impone al tribunal limitaciones que tienen en consideración la relación que debe existir entre la pretensión procesal tal como ha sido trabada y los cuestionamientos que se exponen en el agravio. Así, las postulaciones efectuadas en la demanda y en la contestación, constituyen un territorio con una superficie conceptual, cuyas fronteras las partes no pueden rebasar al formular sus agravios.

Lo apuntado, no constituye una mera consideración formal y rigorista, contando con fundamento constitucional, ello así, si se repara en que la garantía de defensa en juicio, impone necesariamente la precisa delimitación del marco de los hechos -y de las derivaciones atribuidas a los mismos- que deberán ser justipreciados por los jueces, cristalizándolos en un momento dado, que no es otro que el de la traba de la litis, en aquello que se denomina "*tema decidendum*".

La permanente adición de hechos y cuestiones, o la re-significación de tales extremos factuales atribuyéndoles nuevas consecuencias, redundaría en inseguridad jurídica, pues la apertura de instancias revisoras sobre

cuestiones no planteadas con anterioridad, colocaría a los justiciables en el desamparo de no tener jamás, cabal conciencia acerca de qué argumentos controvertir, ni cuales hechos negar, ni qué derecho invocar a fin de defenderse.

Es ésta una de las manifestaciones del principio dispositivo que impone que sean las partes las que delimiten el ámbito de cuestiones sobre las cuales los jueces deben pronunciarse, debiendo la sentencia adecuarse a las pretensiones deducidas. (PALACIO, Lino. *Manual de derecho procesal civil*. AbeledoPerrot. Buenos Aires. 1977. Tomo I. Pág.71 y ss.).

En el caso traído a decisión de esta Alzada, la *litis* quedó trabada y la Señora Jueza de la Primera Instancia decidió, de conformidad con el horizonte argumental que la misma parte demandada impuso como cortapisa del "*tema decidendum*", que fuera objeto de estudio en los considerandos de la providencia atacada mediante el recurso de apelación.

La presentación de hechos nuevos –*v.gr.* que la licencia por enfermedad pudo haber transcurrido entre enero y mayo-, o la atribución a los mismos de propiedades y consecuencias diversas a las explicitadas al plantear la demanda –*v.gr.* que los 18 días de enfermedad acreditados en el expediente, pudieron ser óbice a la convocatoria-, constituyen una articulación extemporánea.

Así, se halla vedado a los jueces revisores la posibilidad de atender agravios que introduzcan cuestiones en la manera que ha sido consignada, en el citado artículo 280 del C.P.C.C.

Esta es la pacífica doctrina dictada por el STJCH (S.D.N° 35/S.R.E. 00).

Entiendo que éste es el caso, razón por la cual, el agravio debe ser desestimado.

5.3.- Facultades de los jueces con relación a la prueba. Otro de los argumentos de la apelante con relación a la pretendida equivocación de la sentencia al considerar su reticencia lesiva de los derechos de la actora, se orienta a cuestionar el hecho de haber privado de valor probatorio al intercambio de correos electrónicos aportados por la demandada en soporte de papel, desestimando la prueba testimonial en la cual son reconocidos. En este sentido, considero que es correcta la consideración por la cual la Sra. Jueza de grado decide con relación al tema.

Esto es así, pues la actora desconoció en el momento procesal oportuno la autenticidad de las piezas presentadas a fs. 78/87 (copia impresa de los textos de los correos electrónicos supuestamente intercambiados por las partes) sin que la demandada halla articulado la prueba pericial

informática que en subsidio había ofrecido a fs. 106 vta., ello conforme surge del auto de certificación de prueba obrante a fs. 373/374.

Así las cosas el reconocimiento de la autenticidad en la testimonial, tal como acontece al tenor de las respuestas a la "pregunta quinta" de los testimonios obrantes a fs. 270 y 271, y a la "pregunta segunda" del testimonio obrante a fs. 280, no coadyuvan a crear convicción judicial que supla la prueba de expertos, máxime si se tiene presente que se trata de testigos, los cuales sin perjuicio de no haber merecido tacha formal, son

dependientes con rango más o menos jerárquico (Margarita Antonia ALVAREZ declarante a fs. 270 y Gabriela de la PAZ VILLALBA declarante a fs. 280 son empleadas; en tanto que Hugo Luís PERRONE, declarante a fs. 271 es gerente de personal) de la demandada.

A fin de aventar cualquier intento de excitar el argumento de la

arbitrariedad, debo poner de relieve, que no existe en los textos de los correos que presuntamente darían cuenta de la bondad de las defensas articuladas por la demandada, ningún elemento que lleve agua para su

molino, generando convicción judicial en sentido de colocar *in bonis* la conducta observada para con el actor desde enero de 2011 hasta el momento del distracto.

La referencia a los certificados médicos que dieran lugar al pago de 18 días por enfermedad, y la tardía promesa de embarque, máxime si se considera que el Buque FUEGUINO I tampoco operó, conforme lo acredita el informe de fs. 324 correctamente valorado por la Sra. Jueza de grado, no resultan circunstancias extraordinarias obstativas del embarque, atribuibles a terceros ni al mismo actor, con suficiente entidad como para tener por dispensado al empleador de la carga que el artículo 78 de la LCT pone sobre sus hombros.

El perfil injurioso de la conducta de la demandada se revela con más de nitidez, si se repara en que los buques en los cuales el actor se desempeñara durante el año anterior, fueron despachados en más de una decena de oportunidades, sin que éste fuera convocado.

La accionada no ha explicado las causales de excepción que justifiquen la irrogación del daño. Seguían existiendo los mares y los barcos de los cuales se valía la demandada seguían transitándolos. Empero el actor permaneció en tierra por más de 4 meses sin que medien circunstancias justificativas, tal como lo ordena el texto del artículo 78 de la LCT.

Es con sustento en estas consideraciones, que entiendo, que la conducta seguida por la demandada, lesiona derechos adquiriendo el carácter de injuria, con aptitud suficiente para provocar el despido indirecto, efectivamente verificado.

5.4. Agravio relativo a la liquidación. La apelante postula que el monto de la indemnización al que se arriba, responde a una lógica de cálculo, por medio de la cual se viola el artículo 245 de la LCT, no siendo de aplicación el

artículo 2 de la ley 25.323, no habiéndose asimismo tenido en cuenta los topes indemnizatorios establecidos por el Ministerio de Trabajo para el establecimiento de bases de liquidación, ni la doctrina emanada del caso "VIZZOTI" decidido por la CSJN.

Es cierto que la pericia contable no ha merecido reparo por parte de la demandada, lo cual, bien podría dotarla de aquella firmeza que impide su puesta en crisis en instancia de apelación.

No obstante lo cual, tal como apunta la quejosa, el experto contable efectuó el cálculo consignando expresamente a modo condicional, que al efecto de considerar la mejor remuneración no se había tenido en cuenta los topes indemnizatorios ni lo dispuesto por la jurisprudencia en el caso "VIZZOTI" dejando a criterio de la jurisdicción la procedencia o improcedencia de tales restricciones sobre la base de cálculo.

En la experiencia de quien esto redacta, ante la existencia de un enunciado condicional, la exigencia de imponer a la parte la carga de impugnar la pericia, solo fuerza a la respuesta de rigor de los expertos. En efecto: los peritos suelen contestar reafirmando lo ya manifestado, destacando su carácter condicional, accediendo en el mejor de los casos, a calcular en subsidio la alternativa sugerida por quien impugna para mejor ilustrar al Juez, quien en definitiva será el que decida cuál es el derecho aplicable. Todo esto de ordinario da lugar a innecesarias dilaciones en la definición de la prueba de expertos, sin que la realidad inicial del informe resulte sustancialmente modificada.

Es por ello, que tengo para mí, que en este caso particular, conforme sus circunstancias y con base en las cuestiones que especialmente se ventilan, corresponde que me adentre en el análisis del agravio, apartándome de la postura de la señora Jueza a quo, que dotó de firmeza a la pericia con base en la ausencia de impugnación.

En principio, la jurisprudencia en el fuero del trabajo, sostiene la vigencia de los topes indemnizatorios.

Los topes que, en su origen, fueron previstos como una forma de limitar las indemnizaciones de los dependientes que contaban con remuneraciones en el segmento superior de la escala categorial, o en aquellos supuestos en los cuales el reclamante se hallaba fuera de convenio.

De hecho, la jurisprudencia pacífica del fuero del trabajo a nivel nacional, ha reconocido la obligatoriedad de la aplicación de los topes indemnizatorios previstos por el 245 de la LCT (Ver, entre otros: CNTrab. Sala II, 2009/12/29, "Cersósimo María Cristina c/ Pastor de Perfumo, Mabel", LA LEY ON LINE; AR/JUR/62175/2009).

Existiendo Convenio Colectivo de Trabajo que rija la actividad habrá de existir tope indemnizatorio.

Tal surge, razonando a contrario, de la jurisprudencia de la Sala IX de la Cámara nacional del Trabajo, cuando sentencia que si no existe Convenio Colectivo de Trabajo de ninguna especie que resulte de aplicación al establecimiento de la accionada, la situación no se encuentra prevista en el art. 245 de Ley de Contrato de trabajo y no corresponde limitar de ninguna manera la retribución computable a los fines del cálculo de despido. (CNTrab. Sala IX, 2008/02/06, "Coronel, Darío Pablo c/ Fundación Universidad Argentina de la Empresa U.A.D.E." LA LEY ON LINE; AR/JUR/445/2008).

En el *sub examine*, existe Convenio Colectivo de Trabajo que regule la actividad de las partes; luego: son de aplicación los topes indemnizatorios.

En este sentido, tal como se destaca en la obra de Vázquez Vialard, la actividad de la *gente de mar* se halla regida por diversos convenios colectivos de trabajo, destacando el autor al CCT 370/71 -aplicable al personal subalterno-, y el CCT 4/72 -para el personal de oficiales- (cfr. VAZQUEZ

VIALARD, Antonio (Director). *Tratado de Derecho del Trabajo*. Obra Colectiva. Editorial Astrea. Buenos Aires. 1985. Tomo 6. Pág. 530). La actora al plantear la litis, puso de relieve el CCT 370/71, el 175/75 y el 356/03, al tiempo que la demandada reconoce la vigencia del CCT 175/75.

De lo expuesto se sigue que el cálculo debe ser efectuado sobre una suma limitada por el tope de actividad., para lo cual se tomara el CCT 175/75, el cual no se halla controvertido.

Un demérito de la limitación cuantitativa en materia de indemnizaciones laborales, ha sido, que la autoridad administrativa, no siempre ha procedido con prestancia a la hora de actualizar las sumas que deben ser tomadas como base de cálculo, lo cual en tiempos de depreciación

contribuye a cercenar el derecho de propiedad de los trabajadores, dado el brutal desfasaje operado por la desvalorización de la moneda, hecho este, que es de público y notorio conocimiento.

En tal sentido, la CSJN en ocasión de decidir el mentado caso "VIZZOTI" se hizo cargo del fenómeno inflacionario y de la falta de actualización administrativa de las sumas que debían obrar a modo de tope, resolviendo que la limitación nunca podía privar al beneficiario, de un porcentaje que se sitúe por encima de 33% del valor al que el cálculo habría de ascender sin tope alguno. Ver esto desde la otra orilla de la relación jurídica y económica analizada, exige invertir los términos, permitiendo advertir que en la práctica, la CSJN dispuso un tope estableciendo un máximo del 67% del valor al cual debiera ascender un cálculo, efectuado, bajo las pautas que como en este expediente, se ha hecho en la pericial contable de fs. 358/366. En el caso de marras, cuadra la aplicación de la doctrina sentada por nuestro máximo tribunal en el caso "VIZZOTI".

6. Costas y honorarios en la primera instancia. Sin perjuicio de tratarse de una resolución revocatoria de la sentencia de primera instancia -dado que he de proponer que la misma sea parcialmente revocada-, lo resuelto no altera de manera medular lo ya resuelto en el grado.

Por lo expuesto, estimo que no corresponde modificar ésta última en lo que concierne la regulación de honorarios profesionales y a la imposición de costas.

7. La imposición de costas en la Segunda Instancia. La imposición de estas a la vencida forma parte del principio objetivo de la derrota, siendo que este sólo puede dejarse de lado en caso de que se demuestren circunstancias objetivas especiales que justifiquen lo contrario. (Ver, entre otros: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala F, "Dunas y Mar S.A. c. Tejerina José y otro", 10/06/2010, Exclusivo Doctrina Judicial Online, AR/JUR/38811/ 2010. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala E, "Frigorífico La Colorada S.A. s/conc. prev. s/ inc. deverific. por: AFIP DGI", 24/06/2010, AR/JUR/39782/2010; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala B, "Club ciudad de Buenos Aires asociación civil", 12/ 04/ 2010, La Ley Online, AR/JUR/21510/2010; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala E, "Novoa, Nelly Alejandra y otro c. O.S.F.A. (Obra Social
de la Fuerza Aérea) y otros", 19/04/2010, La Ley Online, AR/JUR/15518/2010).

En este sentido, analizadas que fueran las constancias de autos y en razón de las cuestiones traídas a análisis y el modo en que se resuelve el agravio, corresponde imponer las costas de alzada en un 70 % a la parte demanda y 30 % a la parte actora. (Conf. arts. 69 2ª parte y 72 del CPCC).

7.- La regulación de honorarios en Segunda Instancia a los profesionales intervinientes. Siendo el presente un proceso susceptible de apreciación pecuniaria la regulación se efectuará en porcentual. (Conf. art. 46 últ. párr. Ley XIII N° 4).

Teniendo en cuenta el destino del agravio y las demás pautas orientadoras de la ley de aranceles para abogados, corresponde regular los honorarios del abog Luis A. NOVOA en el 28%, y los del abog. Jorge IGON en el 32 % de lo que les correspondiera en la Instancia anterior, siempre que el monto resultante supere el mínimo previsto en la Ley de Honorarios Profesionales, o en su defecto se aplicará éste último (Conf. arts. 5, 6, 7 y 13 de la ley arancelaria). Todo ello, con más el IVA, si correspondiere.

Por todo lo expuesto a la **PRIMERA CUESTIÓN,** voto por la **PARCIALMENTE POR LA AFIRMATIVA.**

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

1.

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

Para fundar en los hechos y el derecho mi voto individual, cual lo exigen las mandas de los arts. 169 de la Const. Prov., 8 de la ley V N° 17 y 274 C.P.C.C. bastarán las consideraciones que siguen.

2.

Tratamiento de los agravios

2.a) En el primer agravio critica que se haya admitido como injuria de gravedad suficiente para que el actor se considere despedido, una actitud renuente a convocar a embarque.

Para el primer aspecto de la queja diré que desconocida la documental agregada a fs. 78/87, la validación de las copias de los correos electrónicos requería de la parte oferente que instara la producción de la prueba pericial informática ofrecida a esos fines a fs. 106 vta.

Desconozco cuál era el tiempo procesal en que estimó la señora Jueza podría corresponder la prueba ofrecida en subsidio (fs.113 vta.), pero lo cierto es que a mérito del principio de autorresponsabilidad de la parte en la proposición de la prueba (art. 381 del CPCC) es la recurrente quién deberá cargar con las consecuencias de su omisión, máxime cuando ella misma es la que fijó el modo de ratificar que los mails fueron remitidos y recepcionados en los equipos de computación de la demandada.

Para el segundo aspecto de la queja y aun cuando ya he señalado que los mails no han sido convalidados con prueba eficaz, la percepción de salarios por enfermedad no ha sido materia de alegación en la instancia de grado por lo que en los términos del art. 280 del CPCC no puedo analizarlo como causal justificativa de la omisión de citarlo a embarque.

2.b) En el segundo agravio se queja del monto de la indemnización sosteniendo que se viola el artículo 245 de la LCT, comprendiendo la determinación del agravamiento del art. 2do de la ley 25.323 y que por otro lado no se tuvo en cuenta los topes indemnizatorios, ni el caso "VIZZOTI" de la CSJN.

La pericia contable cumplida en el expediente dejó a salvo en su desarrollo, que a los fines del cálculo de la mejor remuneración no había tenido en cuenta los topes indemnizatorios ni lo dispuesto por la jurisprudencia en el

caso “VIZZOTI” dejando a criterio de la jurisdicción la procedencia o improcedencia de tales restricciones sobre la base de cálculo.

La Señora Jueza, no se expide sobre la cuestión aun cuando había sido planteada por la parte al tiempo de contestar demanda y como señalé, el perito había diferido la aplicación del tope al criterio de la magistrada.

Luego y encontrándose vigente la norma del art. 245 de la LCT respecto de los topes indemnizatorios, existe Convenio Colectivo de Trabajo que regula la actividad de las partes (CCT 175/75) por lo que el cálculo de la indemnización deberá ser efectuado sobre una suma limitada por el tope de actividad.

Por su lado, la CSJN en ocasión de decidir la causa “VIZZOTI” determinó la inconstitucionalidad de una reducción superior al 33% entre el tope indemnizatorio aplicable y el salario del trabajador. En el caso de marras, cuadra la aplicación de la doctrina sentada por nuestro máximo tribunal en el caso “VIZZOTI”, lo que deberá cumplimentarse en la etapa de ejecución de sentencia.

3.

En definitiva, la sentencia deberá confirmarse en lo sustancial que ha sido materia de agravios, admitiéndose que en la etapa de ejecución de sentencia el cálculo de la remuneración base de la liquidación de los rubros indemnizatorios por despido incausado y los que a ella refieran, deberá ajustarse a los topes indemnizatorios del CCT 175/75 con la aplicación de los porcentajes que estableció la CSJN en el precedente Vizzoti.

4. Costas.

a) La modificación que se ordena no altera la condición de vencida de la recurrente en la primera instancia por lo no corresponde readecuar costa ni honorarios allí dispuestos.(art 69 del CPCC).

b) En cuanto a las costas en esta Alzada, en atención al modo en que se resuelve el recurso, las mismas deberán imponerse el 30 % a la actora y el 70 % a la demandada,. Los honorarios que propone el Dr. Jalil se ajustan a la actividad profesional cumplida en esta sede (arts. 5, 7 y 13 de la ley arancelaria)

Voto a la primera cuestión **PARCIALMENTE POR LA AFIRMATIVA.**

A LA SEGUNDA CUESTIÓN, el Sr. Juez de Cámara Dr. Julián Emil JALIL dijo:

Que de compartir mis distinguidos colegas el criterio que he propugnado en mi voto el pronunciamiento que corresponde dictar es el siguiente:

1) **REVOCAR PARCIALMENTE LA SENTENCIA** apelada, disponiendo que en la etapa de ejecución de sentencia, el cálculo de la remuneración base de la liquidación de los rubros indemnizatorios, se ajuste a los topes vigentes de conformidad con el CCT 175/75, con aplicación de los

porcentajes establecidos por la CSJN en el precedente "VIZZOTI";

2) **IMPONER** las costas de esta instancia en un 70 % a la parte demanda y 30 % a la parte actora. (Conf. arts. 69 2ª parte y 72 del CPCC);
3) **REGULAR** los honorarios del abog Luis A. NOVOA en el 28 %, y los del abog. Jorge A. IGON en el 32 % de lo que les correspondiera en la Instancia anterior, siempre que el monto resultante supere el mínimo previsto en la Ley de Honorarios Profesionales, o en su defecto se aplicará éste último (Conf. arts. 5, 6, 7 y 13 de la ley arancelaria). Todo ello, con más el IVA, si correspondiere;
4) **REGISTRESE, NOTIFÍQUESE Y DEVUELVASE**

Así lo voto.-

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

Conforme el sentido de mi voto, el pronunciamiento que corresponde dictar es el que propone el Dr. Julian E. Jalil.
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 junio de 2018.
En virtud de lo resuelto en el Acuerdo cuya copia antecede la Cámara de Apelaciones de la ciudad de Puerto Madryn pronuncia la siguiente:
S E N T E N C I A

1) **REVOCAR PARCIALMENTE LA SENTENCIA** apelada, disponiendo que en la etapa de ejecución de sentencia, el cálculo de la remuneración base de la liquidación de los rubros indemnizatorios, se ajuste a los topes vigentes de conformidad con el CCT 175/75, con aplicación de los porcentajes establecidos por la CSJN en el precedente "VIZZOTI";
2) **IMPONER** las costas de esta instancia en un 70 % a la parte demanda y 30 % a la parte actora. (Conf. arts. 69 2ª parte y 72 del CPCC);
3) **REGULAR** los honorarios del abog Luis A. NOVOA en el 28 %, y los del abog. Jorge A. IGON en el 32 % de lo que les correspondiera en la Instancia anterior, siempre que el monto resultante supere el mínimo previsto en la Ley de Honorarios Profesionales, o en su defecto se

aplicará éste último (Conf. arts. 5, 6, 7 y 13 de la ley arancelaria). Todo ello, con más el IVA, si correspondiere;

4) **REGISTRESE, NOTIFÍQUESE Y DEVUELVASE**

REGISTRADA BAJO EL N° /18 SDL. CONSTE.