En la ciudad de Puerto Madryn, a los días del mes de mayo del año 2019, se reúne la Excma. Cámara de Apelaciones, con la Presidencia de la Sra. Jueza de Cámara María Inés de Villafañe y la asistencia de los Sres. Jueces de Cámara Dr. Julián E. Jalil y Dr. Heraldo Enrique Fiordelisi, para celebrar Acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados**:"G., E. D. c/ P. S.A. S / Cobro de pesos e indem. de ley" (Expte. Nº 26 - Año 2019)**, venidos del Juzgado Laboral N°1 (Expte. Nº 25/17), 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. 615.

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

1.- Antecedentes del caso. A fs. 576/581 la Sra. Jueza de grado dictó sentencia definitiva la que fue apelada a fs. 590 por la demandada P. S.A., recurso concedido a fs. 591. A fs. 593 y vuelta obra aclaratoria de la sentencia. Los agravios de la demandada fueron presentados a fs. 594/598. La actora contestó el traslado conferido a fs. 600/602.

2.- La sentencia. Tratándose de una cuestión que involucra el despido inverso del Señor E. D. G., trabajador marítimo de la demandada P. S.A. quien se dedica a la explotación pesquera de recursos ictícolas, la sentencia de grado dispuso hacer lugar a la demanda condenando a la demandada a pagar al actor la suma de $ 1.552.814,14, con más intereses calculados a Tasa Activa para préstamos personales del Banco del Chubut, desde que cada suma fue debida y hasta su efectivo pago.

Dispuso las costas a cargo de la demandada vencida y reguló honorarios. Merced a la aclaratoria ya mencionada, el monto fue corregido elevándose la indemnización a la suma de $ 2.293.156,24, con motivo de incluirse la suma concedida en calidad de multa (Art.2 Ley 25.323), omitida por error en la parte resolutiva.

Para decidir en este sentido la Señora Jueza de grado consideró que la carga que pesa sobre la actora de probar la causal de despido invocada se hallaba satisfecha.

Tuvo por cierto que luego del desembarco del actor tras su última marea (fecha 05/10/2017), la demandada comenzó a colocarlo en posición de tener que gozar de sus francos compensatorios (12 francos compensatorios acumulados).

Luego pasó a encontrarse "a órdenes" a partir del 18/10/2017, y que por TG de fecha 26/10/2017 la empresa comunicó al actor que debía usufructuar 28 días de vacaciones correspondientes al año 2017.

Apunta la sentencia de grado que la respuesta a la intimación formulada por la actora requiriendo "aclaren situación laboral" fue injuriosa, pues debió procurarle embarque inmediato en el buque pesquero que frecuentemente se enrolaba (pesquero M. S.), el cual zarpó tanto el 20 como el 30 de octubre de 2017.

Pone de relieve la colega de la instancia anterior, que, habiendo el actor sido dado de alta de una dolencia en abril de 2017, se lo tuvo a órdenes, francos y vacaciones durante 4 meses hasta otorgarle un nuevo embarque recién el 12/09/2017. Que a partir de allí le fueron concedidas 3 mareas para reiniciar en forma posterior nuevamente el ciclo de francos, órdenes y vacaciones.

Destaca que, dadas las características especialísimas de la actividad, pesa sobre la empresa especialmente el deber de ocupación del artículo 78 de la

LCT, hallándose especialmente vedadas conductas arbitrarias, pues resulta notorio que el trabajo a órdenes devenga una remuneración sensiblemente inferior que la que percibe el tripulante embarcado.

Se tuvo como un hecho relevante que el actor fue desembarcado el 05/10/2017 en plena temporada de pesca, para gozar de francos acumulados.

Tuvo en consideración que la pericia obrante a fs. 240/244 da cuenta de que fueron citados a embarque tripulantes enrolados en la embarcación donde habitualmente revistaba el actor, con menor antigüedad que el mismo, y que también poseían mayor cantidad de francos acumulados pendientes. De todo ello deriva que el actor debió se enrolado en lugar de permanecer a órdenes.

Consecuencia de todo ello es que, frente a la negativa empresarial a la intimación cursada por el actor, el despido inverso resulta ajustado a derecho.

Para el cálculo de la indemnización se tuvo presente el dictamen pericial, entendiéndose que el actor contaba con 12 años y 6 meses de antigüedad.

Los considerandos conceden la indemnización del artículo 2 de la Ley 25.323, cuya inclusión fue materia de aclaratoria.

3.- Los agravios de la parte demandada. Los agravios no han sido titulados por lo que los agruparé dentro de un marco conceptual sistémico.

Desde esta arista, pueden distinguirse 4 núcleos conceptuales, todos los cuales apuntan a cuestionar que la causa del despido inverso operado se ajustada a derecho.

Primeramente, la demandada se agravia de que la *iudex a quo* da por válido y probado que frente a la intimación de la actora de fecha 12/10/2017 la respuesta de la parte empresaria fue injuriosa a los intereses del actor.

Manifiesta que la intimación consistió en que se aclare situación laboral y que se abone marea finalizada, no desprendiéndose en consecuencia intimación alguna a embarque (punto a). Más adelante plantea que la sentencia sostiene incorrectamente que ante la intimación el demandado se mantuvo en su posición, siendo ello la causal del despido inverso. Afirma en su favor que la demandada se mantuvo en su posición pues era ajustada a derecho (punto e).

En segundo lugar, la crítica se erige sobre la consideración de la sentencia de que el obrar de la empresa infringe el deber de ocupación consagrado en el artículo 78 de la LCT.

Plantea que el desembarco del día 05/10/2017 obedeció a que el actor debía gozar de francos compensatorios acumulados (punto b). Que su obrar se enmarca dentro de las prerrogativas de organización de la actividad empresarial y que en modo alguno pesa sobre su representada el deber de embarcar a personal con mayor antigüedad (punto d). En cualquier caso, siempre se trató de personal efectivo y no de personal que revista el carácter de relevo (punto b).

En tercer lugar, se enarbola la consideración de que la demandada no justifica su actitud de no llamar a embarcar al actor los días 6, 13, 20 y 30 de octubre de 2017, siendo que había sido desembarcado el 05/10/2017 y que estaba a órdenes desde el 18/10/2017. Entiende que sus facultades de dirección cuentan con apoyo en los artículos 48, 49 y 64 del CCT 729/2015.

En cuarto lugar, se hace hincapié en el hecho de que la sentencia no aplica el artículo 55 del CCT 729/2015 a los efectos del cálculo de la indemnización por despido (punto f) ni sobre el SAC y las diferencias salariales (punto g).

4.- Metodología empleada para el tratamiento de las cuestiones. Es jurisprudencia arraigada de la CSJN que a 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, J. 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.

5.- Suficiencia técnica del recurso. En virtud de lo establecido por el art. 268 CPCC pesa sobre los apelantes la carga de efectuar una crítica concreta y razonada de las partes del fallo recurrido que considera desatinadas, mediante la indicación detallada de los yerros y demás deficiencias que pudiera recriminar a la sentencia en crisis. La memoria de agravios debe ser autosuficiente, debe bastarse a sí misma.

Los agravios de la parte actora se presentan claros y concisos, circunscribiendo la parte del fallo que ponen en crisis, e indicando los errores de la judicante de grado que consideran como causa eficiente de sus agravios, por lo que corresponde su tratamiento en esta Instancia al constituir una crítica seria, concreta y razonada de la sentencia de grado, en los términos del art. 268 del CPCC.

6.- El tratamiento de los agravios de la parte demandada. Los agravios de la demandada, tal como se ha dicho no se hallan titulados, siendo establecida una secuencia ordenada a través de letras que van desde la "a" hasta la "g" que ha sido sintetizada en 4 núcleos conceptuales. En el mismo orden, es menester también que, si la apelación se orienta a cuestionar la parte resolutiva de la sentencia, los agravios que sustentan el recurso, propenden casi exclusivamente a demostrar que el despido inverso obrado por la parte actora no cuenta con causa atribuible a la parte empresaria.

6.1. Conducta injuriosa de la demandada. En primer lugar, la demandada plantea que la respuesta a la intimación no fue injuriosa pues existe correlación entre lo requerido y la respuesta.

Empero el hecho de que la contestación a la intimación cumpla con parámetros de estilo y se ajuste a la dialéctica que impone por necesidad correlación entre el contenido de la voluntad manifestada por las partes, no

puede venir a suponer olvidar que el actor se hallaba claramente en una situación frágil, desventajosa, lesiva de sus derechos y claramente contraria a derecho, si se considera el plexo normativo del ordenamiento laboral en su totalidad, cuando se cae en la cuenta de que luego de que le fuera concedida el alta por una dolencia generada por la actividad, paso gran parte de los meses que van desde abril de 2017 hasta fines de octubre del mismo año, a órdenes, con francos compensatorios o en uso de licencia vacacional.

La sentencia agudamente indica que la empresa no cumple con sus deberes por el simple reconocimiento de la situación lesiva, sino que, muy por el contrario, debió haber "actuado en consecuencia procurando el embarco inmediato del tripulante a la salida del buque en el que habitualmente enrolaba".

La posición de la empresa no puede ser ajustada a derecho en tanto que resulta lesiva de los intereses legítimos del actor, cuando surge claramente que el hecho de estar revistando a órdenes en plena temporada, supone un perceptible quebranto económico en el dependiente, ello así pues las remuneraciones del personal embarcado son muy superiores.

La prueba tenida en cuenta por la Señora Jueza de grado, en especial el informe de Prefectura de Puerto Madryn obrante a fs. 257 y la pericia contable de fs. 240/244 permite tener por acreditado que el actor no era embarcado en plena temporada cuando sí lo eran otros dependientes no solo con menor antigüedad, sino que contaban con una cantidad de francos acumulados superior a la del actor.

El perjuicio causado surge patente y no ha rebatido el apelante en su crítica el hecho de que la negativa a embarcar de la demandada con respecto al actor sea ajustada a derecho.

Por lo expuesto, el agravio debe ser desestimado.

6.2. El deber de ocupación del artículo 78 de la LCT. Las prerrogativas de organización empresarial, no pueden constituir un *bill* de indemnidad para lesionar arbitrariamente el derecho de un trabajador.

La misma parte demandada al apelar plantea sin hesitación alguna que el desembarco del día 05/10/2017 obedeció a que el actor debía gozar de francos compensatorios acumulados. Tal destino se produjo estando el actor embarcado y en plena temporada, y es precisamente por eso que la decisión empresarial, no puede sino ser reputada como arbitraria y hasta discriminatoria de la persona del actor, habiendo ello quedado acreditado a partir de la pericia contable que existía personal que contaba con mayor cantidad de francos acumulados.

El hecho de que el elegido haya sido el actor, devela la antijuridicidad de la conducta de la parte empresaria, la cual no es beatificada por ninguna supuesta prerrogativa de organización de la actividad empresarial. Por todo lo expuesto, el agravio debe ser desestimado.

6.3.- Apoyo normativo de las facultades de dirección. Entiende que sus facultades de dirección cuentan con apoyo en los artículos 48, 49 y 64 del CCT 729/2015.

Sin embargo, el texto de las normas insertas en la CCT 729/2015, debe ser interpretado en armonía con el resto del plexo del derecho laboral el cual invariablemente es tuitivo de los derechos de la parte más débil, que es el dependiente.

En este orden, resulta claro que, aunque la norma permita al empresario mantener a órdenes a un dependiente durante 90 días, la *ratio* de ello se inscribe en la lógica de que se trata de un rubro que cuenta con picos de actividad y momentos en los cuales el trabajo minora sensiblemente.

Ello es así dada la naturaleza de los recursos ictícolas, de lo cual cabe derivar que el texto referido, solo puede tener por finalidad un régimen especial, -a órdenes-, que permita al dependiente percibir sumas que si bien menguadas, tornan factible el sustento, mientras que, al empresario, le permite mantener tripulación en tierra sin el dispendio de embarcar a pérdida.

La realidad es que valerse de la prerrogativa para tener al trabajador a órdenes en plena temporada constituye una desnaturalización del derecho por perseguir la aplicación de la norma fines diametralmente opuestos a la concebida por la Convención Colectiva de Trabajo.

Por todo lo expuesto entiendo que el agravio debe ser desestimado.

6.4. Cálculo de la indemnización por despido y SAC. Se hace hincapié en el hecho de que la sentencia no aplica el artículo 55 del CCT 729/2015 a los efectos del cálculo de la indemnización por despido (punto f) ni sobre el SAC y las diferencias salariales.

Sin embargo, -como bien explica la norma-, el promedio establecido como parámetro halla su razón de ser en la aleatoriedad y variabilidad de la producción en la determinación salarial, lo cual salvaguarda el interés de la parte empresaria.

Empero, ello no puede constituir una herramienta apta para lesionar el derecho del trabajador cuando la misma conducta de la parte empresaria sea aquella que coloque, -de manera antijurídica-, al trabajador en situación de experimentar una mengua sensible en las remuneraciones que habrán de ser promediadas.

Los meses durante los cuales el actor fue mantenido a órdenes, francos y vacaciones constituyeron una conducta arbitraria, discriminatoria de su persona y contraria a derecho, razón por la cual, el perjuicio económico que

surge de la aplicación ciega del canon del artículo 55 del CCT 729/15, trasluce claramente su antijuridicidad.

Por lo expuesto el agravio debe ser desestimado y la sentencia de grado confirmada.

6.5. Conclusión. Del análisis efectuado surge que los agravios que fundamentan la apelación de la parte demandada deben ser desestimados y la sentencia de grado confirmada en su totalidad.

7.- La imposición de costas en la alzada. La imposición de costas al vencido 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 X. S.A. c. Tejerina J. 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. de verific. 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), ello por cuanto, quien resulta vencido debe cargar con los gastos que debió realizar su contraria para obtener el reconocimiento de su derecho.

Bajo este criterio, y teniendo en cuenta el resultado al que se ha arribado luego del rechazo del recurso incoado por la demandada, considero que corresponde la imposición de costas a la apelante vencida (conf. arts. 69 CPCC).

9. La regulación de honorarios a los profesionales intervinientes en la Alzada. A los fines de la regulación de honorarios por los trabajos realizados en esta instancia se tendrá en cuenta la labor desarrollada, naturaleza del proceso, éxito obtenido en esta alzada y demás pautas orientadoras de la ley de aranceles para abogados. Al ser el presente un proceso susceptible de apreciación pecuniaria, dicha regulación se efectuará en porcentual (cfr. art. 46 Ley XIII N° 4).

Teniendo en cuenta el destino de los agravios planteados y las demás pautas orientadoras de la ley de aranceles para abogados, corresponde fijar los honorarios de los letrados de la parte actora J. A. I. y R. J. P., en conjunto, en el 30%; y los de los letrados de la parte demandada D. G. L. y J. I., en conjunto, en el 25 %, todos ellos de la cantidad fijada en la Instancia anterior con más el IVA si correspondiere, 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).

A LA PRIMERA CUESTION, el Sr. Juez de Cámara Dr. Julián Emil JALIL vota por la **AFIRMATIVA.**

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

1 – Antecedentes – Sentencia y Agravios

El Dr. Julián Emil Jalil 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 – <u>Cuestión previa</u>

Si bien es cierto que la recurrente en su recurso mezcla críticas a lo resuelto en el fallo que impugna, trayendo argumentos simplistas y subjetivos, no es menos cierto que -respetando el criterio amplio que tiene esta Alzada sobre el tema- cabe admitir la fundamentación recursiva y tratar los agravios expuestos. Ahora bien, dado que en la presentación se confunde el concepto de ***"agravio"*** y ***"argumento"***, es necesario plantear esta cuestión previa, conforme lo vengo haciendo de manera constante ante presentaciones similares.

La SCJBA, con el carácter de doctrina legal, ha sostenido que debe diferenciarse el concepto de *"agravio"* del de *"argumento"*.

La jurisprudencia, siguiendo esa doctrina legal, tiene dicho que debe ser considerado *"agravio"* toda crítica dirigida a las denominadas *"cuestiones esenciales"*, que son las que hacen a la estructura de la litis y su esquema jurídico. Que sin su consideración no sería posible resolver el caso planteado. Va de suyo que su tratamiento es obligatorio para la Alzada. En cambio, debe entenderse por *"argumento"* toda mención efectuada por la parte apelante destinada a sostener su posición, pero que no se refiere a las ya citadas *"cuestiones esenciales"*. Los *"argumentos"* no son de tratamiento obligatorio en segunda instancia (conf. SCBA, Ac. 32.953, 12/06/84; Ac. 42.311, 31/10/89; Ac. 43.836, 20/11/91; Ac. 43.658, 17/03/92; Ac. 50.762, 07/03/95; Ac. 54.992, 19/10/96; Ac. 67.337, 01/07/97; CALZ, Sala I, Reg. Sent. Def. 92-93, 116-94, 272-93, 48-96, 126-93, 32-90, 35-96, 159-96, 45-00, entre otros; CALZ, Sala I, 11/03/2008, in re: *"Zárate Aníbal J. c/ Lovelle Daniel Osvaldo*

y Otros s/ Daños y Perjuicios" -N° 62.948- y *"La Construcción S.A. c/ Lovelle Daniel Osvaldo y Otros s/ Cobro de Pesos"* -N° 62.948 bis-).

Es indudable que el Juez debe pronunciarse sobre todas las cuestiones de la pretensión y la contestación; es decir, sobre las *"cuestiones esenciales"* cuando su consideración tenga influencia en la resolución del caso.

Ingresando al planteamiento de la recurrente, advertiré que los Jueces no están obligados a tratar todas las argumentaciones propuestas por las partes, sino que basta que hagan mérito de aquellas que consideren más adecuadas para sustentar sus conclusiones (conf. CSJN, 08/11/81, in re *"Dos Arroyos SCA c/ Ferrari de Noailles"*, en "Actualización de Jurisprudencia", N° 1440, La Ley, 1981-D, pág. 781; CALZ, Sala I, Reg. Sent. Def. 32/90, 172/00, entre muchas otras).

Tales *"cuestiones esenciales"* son esas que, según las modalidades del caso, resultan necesarias para la correcta solución del pleito y vienen constituidas por puntos o capítulos de cuya decisión depende directamente el sentido y alcance del pronunciamiento y que -por su naturaleza- influyen preponderantemente en el fallo, las vinculadas a la dimensión cuantitativa del objeto de la pretensión (conf. SCJBA, Ac. 21.917, DJBA, T. III, pág. 15; ídem, Ac. 35.221, in re *"Ramos de Pagella c/ Escot"*, 22/04/86; CALZ, Sala I, 11/03/08, cit.).

Efectuadas estas consideraciones previas y reiterando que haré aplicación de la doctrina "amplia", en cuanto a la valoración del recurso deducido por la apelante, pasaré a tratar sus quejas.

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

3.1 – <u>La intimación del actor. Conducta injuriosa de la demandada. El</u>

despido indirecto

Las quejas expuestas por la recurrente en los puntos “a”, “b”, “c”, “d” y “e” de su fundamentación están relacionados y se incurre también en reiteraciones de la postura de la demandada. Es por ello que es conveniente su tratamiento y análisis de manera conjunta.

En la queja se hace mención solamente a la intimación cursada por el actor el día 12 de Octubre, de 2017 mediante el Telegrama obrante a fs. 26 y 73 de autos. Argumenta la quejosa que no hubo conducta injuriosa de su parte en razón de que el dependiente no intimó a que se lo embarcara.

El enfoque que realiza la apelante está claramente parcializado en razón de no considerar otros despachos postales remitidos por el actor y que muestra la realidad de manera completa. Por lo demás, hay que tener presente todo ello para arribar a una conclusión justa.

En autos nos encontramos con la primera intimación del actor que es la ya mencionada (Telegrama de fs. 26 y 73). El texto de este despacho es claro al decir: *“Ante los reiterados e improcedentes desembarcos de oficio de la dotación prevista para la embarcación…intimo para el plazo de 24 hs. aclare situación laboral, bajo apercibimiento de considerarme despedido en forma indirecta…”*. Es fácil advertir que lo que el dependiente cuestionó fueron *“los reiterados e improcedentes desembarcos de oficio”* y por tal razón intimó a que se *“aclare situación laboral”*. Si se cuestionaron los desembarcos es, precisamente, porque el actor pretendía y exigía estar “embarcado” y no “desembarcado”. Es por ello que no es aceptable que la recurrente exprese -como aquí hace que *“…del texto de dicho Telegrama no se desprende la existencia de una intimación a embarque de parte del actor…”* (conf. fs. 594 vta.).

Pero, a los efectos de calificar adecuadamente la conducta y actitud asumida por la patronal, no puede desconocerse o dejarse de lado que, ante la

respuesta patronal (conf. telegrama de fs. 71), el actor remitió los despachos obrantes a fs. 67/68 de autos (con textos similares). En el telegrama del 27/10/17 (fs. 67) el actor expresó: *"En respuesta a su telegrama le indico que mi pedido anterior fue para que* ***me aclare el motivo por el cual dispuso mi desembarco de oficio*** *el día 05/2017 del b/p X X, en plena temporada de pesca y luego de haberme mantenido a órdenes por plazo de más de tres meses, de vacaciones y con francos compensatorios otorgados todo ello reitero en plena temporada, tal situación de revista me causó grave perjuicio económico. Es por ello que* ***le intimo plazo 48 horas me aclare tal situación y su porque****, bajo apercibimiento de considerarme despedid****o****".*

"También intimo en mismo plazo y apercibimiento ***indique motivos porque no me otorgó embarque en el b/p X X mientras me encontraba a órdenes y a su disposición para ell****o. Por ello solicito en que el plazo de 48 horas* ***me otorgue tareas efectivas indique fecha de embarque, buque y lugar, bajo apercibimiento de darme por despedido".***

"Por último intimo plazo 48 horas abonen diferencias salariales devengadas por mala liquidación del sac, aclare porque no aplica la Ley de Contrato de Trabajo para su liquidación conforme el 50% de la mejor remuneración del semestre adeudándome a la fecha la suma de pesos… las dos cuotas año 2016, segunda cuota año 2015…primera cuota año 2017 se me adeuda la suma de …, bajo idéntico apercibimiento para el caso de negativa o respuestas evasivas" (destacado propio).

El texto del telegrama remitido en la misma fecha por el actor a su empleadora (conf. fs. 68) tiene un texto similar y contribuye a dejar perfectamente clara la situación planteada entre las partes, la que no es la que pretende exhibir la quejosa en su fundamentación recursiva.

En efecto, en este despacho el dependiente dijo: *"En respuesta a su telegrama le indico que mi pedido anterior fue para que* ***me aclare el motivo de porque fui***

desembarcado de oficio para el goce de francos compensatorios en plena temporada *debido a que me mantuve a órdenes por el plazo de más de casi tres meses, en plena temporada de pesca sin ser citado o embarcado por UDS.* ***tal negativa y falta de tareas efectivas me causa daño****. Por ello y en ese sentido es que* ***pido que en el término de 48 horas me aclare el desembarco por oficio y su causa, bajo apercibimiento de darme por despedido****. Además, también* ***pido que en el término de 48 horas me indique porque motivo no fui embarcado en el b/p X. X. cuando me encontraba a sus órdenes y su disposición, bajo el mismo apercibimiento"****.*

"Atento a ello es que ***solicito embarque en mismo término y apercibimiento, a tal efecto indique fecha de embarque, buque y lugar****".*

"También pido y reclamo en idéntico plazo y con igual apercibimiento liquida el SAC conforme…LCT…dado que la liquidación de tal rubro por Uds. me causó en el año 2016 un perjuicio económico muy importante de pesos…en el año 2017 la diferencia a la fecha es de pesos… ye en año 2015 segunda cuota alcanza una suma de pesos… Caso de negativa a abonar tales diferencias daré por concluida la relación laboral" (destacado propio).

Como surge claramente del análisis de los despachos telegráficos en cuestión, no es posible tomar aisladamente solo el obrante a fs. 26 y decir como dice la apelante- que su conducta no fue injuriosa y que el actor no intimó a que se lo embarque. La realidad fue totalmente distinta y ella surge de las constancias de autos, a lo cual me remito.

Advierto que, ante las claras y terminantes intimaciones cursadas por el dependiente, la postura de la empleadora surge de sus Telegramas obrantes a fs. 71 y 35 y he de coincidir con la a quo cuando en su decisión final ha dicho: *"…la empresa no pudo solo limitarse a reconocer la situación del actor (ver fs. 33) sino que debió actuar en consecuencia, procurando el embarco inmediato del*

tripulante en la salida del buque en el que habitualmente enrolaba… el buque pesquera X. X. zarpó el 20/10/17 y el 30/10/17 con destino a zona de pesca, sin citar a embarque al actor. Y ello más aun considerando que, habiendo salido el buque a expedición de pesca desde el 12/5/17, y ya estando el actor de alta desde abril, se lo mantuvo entre francos, vacaciones y órdenes, hasta el 12/9/17 sin otorgarle embarque (4 meses), para luego embarcarlo sólo tres mareas y pretender volver a repetir el ciclo de francos, órdenes y vacaciones…"; "…con las especialísimas particularidades de la actividad pesquera, el deber de ocupación previsto en el Art. 78 de la L.C.T., se encuentra en cabeza de la empresa, que tiene la potestad de no ajustar a un tripulante si no tiene barco disponible, pero no puede usar a su arbitrio tal facultad para embarcar a uno y mantener a órdenes a otros a su solo antojo y voluntad. Ello así, porque… los montos salariales que se liquidan por los denominados "salarios a órdenes" son significativamente menores de aquellos que el tripulante percibe encontrándose embarcado, por lo que …la empresa debió privilegiar la continuidad laboral y embarcar al personal con mayor antigüedad o, en caso de no poder hacerlo, brindar las razones de una actitud que – der ser incausada— resulta evidentemente injuriosa…"; "…la empresa no dio explicación alguna para justificar su actitud de no llamar a embarcar al actor para las salidas del 6, 13, 20 y 30 de octubre de 2017, cuando expresamente reconoció que G. se encontraba a órdenes desde el 18/10/17, luego de haber sido desembarcado de oficio y sin justificación alguna, con fecha 05/10/17, en plena temporada de pesca, para gozar de los francos acumulados…"; "…la demandada frente a la intimación cursada por el actor a fines de que le otorguen efectiva ocupación o le expliquen los motivos de su falta de embarque, se mantuvo en su posición, por lo que evidente resulta que el actor actuó ajustado a derecho al disponer la ruptura del vínculo (art. 242 y 246 L.C.T.)…" (conf. fs. 579/579

vta./580).

Lo que acabo de transcribir constituye la estructura sobre la que se sostiene y sustenta la sentencia recurrida y ella en modo alguno aparece conmovida por los agravios bajo análisis. La fundamentación recursiva está basada en "argumentos" que expone la recurrente, pero la misma debe contener sólidos "agravios" que conduzcan con nitidez a revocar la decisión dictada en la instancia originaria. Ante la ausencia de "agravios" contundentes, ninguna relevancia tienen los "argumentos" de la quejosa.

No puede tampoco ser escuchada la postura de la apelante cuando afirma que no hay ninguna disposición legal y/o convencional que la obligue a embarcar al personal con mayor antigüedad. Olvida la empleadora que la sentencia ha sido clara al decir que el deber de ocupación previsto en el Art. 78 de la LCT se encuentra en cabeza de la empresa, que tiene la potestad de no ajustar a un tripulante si no tiene barco disponible, *"…pero no puede usar a su arbitrio tal facultad para embarcar a uno y mantener a órdenes a otros a su antojo y voluntad…"* (conf. fs. 579).

Es que la negativa de tareas, resulta un incumplimiento por parte de la patronal del deber de ocupación que importa una injuria en los intereses de su empleado de tal magnitud que no consiente la continuidad de la relación laboral, y lo legitima para declarar rescindido el contrato de trabajo por justa causa (conf. CNTrab., Sala X, 20/09/2010, DT 2011 (febrero), 383, LLOnline AR/JUR/58233/2010). Esta postura aparece reiteradamente

expuesta por los tribunales al decir que la negativa de otorgar ocupación efectiva al trabajador constituye un incumplimiento que, por sí solo, configura injuria de entidad suficiente que impide la continuación de la relación laboral -de allí que sea justificado el despido indirecto del trabajador-, por cuanto al mismo le asiste el derecho a que se le de ocupación

efectiva, constituyendo una injuria por parte del empleador el incumplimiento al deber de ocupación.

Advierto que -en este caso- el despido indirecto de la actora deviene fundado en justa causa, conforme lo resolviera la a quo, ello en razón de no haber sido aclarada debidamente la situación laboral del actor, no se le asignaron tareas y no se le abonaron los rubros reclamados. Todos los incumplimientos de la accionada fueron de tal gravedad que ello legitimó al trabajador a no consentir la prosecución del vínculo laboral.

Por otra parte, tengo en cuenta que el trabajador no tiene derecho a exigir judicialmente al empleador el cumplimiento del deber de ocupación efectiva conforme al art. 78 de la LCT, porque en el supuesto de incumplimiento injustificado o injurioso del principal de su obligación contractual de otorgar tareas, sólo le asiste -invocando tal circunstancia- la posibilidad de colocarse en situación de despido indirecto en los términos del art. 242 de la LCT (conf. SCBA, 27/12/91, *"Lencina c/ Frigorífico Meatex S.A."*, LLOnline AR/JUR/23/1991).

En razón de lo hasta aquí analizado y fundamentado, las quejas planteadas no pueden ser oídas.

3.2 – <u>Aplicación del Art. 55 CCT 729/2015 y del Acuerdo del SOMU del 28/09/2015</u>

En lo que hace a la pretendida aplicación de las normas del CCT N° 729/2015 a los efectos del cálculo de la indemnización por despido, conforme se esgrime en el agravio, la sentencia recurrida ha dicho: *"…a los fines del cálculo de la indemnización no utilizaré el criterio de promedio sindicado en el CCT, Si bien el mismo, en algunos casos, podría resultar favorable al trabajador y no violatorio de las previsiones del art. 245 LCT, en el presente caso sólo equivaldría a avalar la*

conducta antijurídica asumida por la empresa de impedirle a G. la realización de mareas. En consecuencia, estaré a la remuneración utilizada por el perito contador a los fines de liquidar los rubros reclamados…" (conf. fs. 580 vta.).

Como vemos, la a quo ha expresado las razones y fundamentos de su procedimiento para determinar la indemnización por despido y ello no aparece rebatido en la queja. La recurrente solamente plantea su pretensión en el sentido de que se aplique el CCT pero no la fundamenta ni demuestra que la decisión de la a quo sea desacertada. Por lo tanto, el agravio no es atendible.

Lo mismo cabe decir con respecto a la pretensión de la apelante dirigida a que se aplique en el caso el Acuerdo suscripto entre el SOMU y las empresas del sector con fecha 28/09/15. Nada se demuestra sobre la necesidad de proceder conforme lo exige la demandada y menos aún con respecto a que los cálculos que surgen de la sentencia para determinar las diferencias salariales reconocidas al actor en concepto de SAC sean erróneos. Lo que se advierte es la pretensión por la pretensión misma y ello no es suficiente. En razón de lo expuesto, la queja no puede ser oída.

4 – <u>Conclusión</u>

Merituando que los agravios constituyen el alcance y la medida del recurso concedido a la apelante y que los expuestos no logran torcer el rumbo marcado por la sentencia en crisis, corresponde confirmar la misma en todo lo que ha sido materia recursiva. Así lo voto.

5 – <u>Cosas de la Alzada</u>

Debe afrontar las costas de la Alzada la parte demandada en su condición de vencida en el recurso que le fuera concedido (art. 69 CPCC),

correspondiendo regular los honorarios de los letrados intervinientes en los porcentuales propuestos en el voto precedente por mi colega Dr. Julián E. Jalil, en razón de ajustarse los mismos a las pautas aplicables de la Ley Arancelaria.

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

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

En base a los argumentos expuestos considero que pronunciamiento que corresponde dictar es el siguiente:

1. **CONFIRMAR** la sentencia apelada en cuanto ha sido materia de agravios.
2. **IMPONER LAS COSTAS** por el recurso interpuesto por la apelante vencida perdidosa. (Conf. art. 69 del CPCC).
3. **REGULAR** los honorarios de los letrados de la parte actora J. A. I. y R. J. P., en conjunto, en el 30%; y los de los letrados de la parte demandada, D. G. L. y J. I., en conjunto, en el 25 %. Todos ellos de la cantidad fijada en la Instancia anterior, con más el IVA si correspondiere, 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).
4. **REGISTRESE,** notifíquese y devuélvase.

Así lo voto.

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

Fiordelisi, dijo:

El pronunciamiento que corresponde dictar es el propuesto por el Dr. Julián Emil Jalil, 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 Dra. María Inés de Villafañe 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 mayo de 2019.

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

S E N T E N C I A

1. **CONFIRMAR** la sentencia apelada en cuanto ha sido materia de agravios.
2. **IMPONER LAS COSTAS** por el recurso interpuesto por la apelante vencida perdidosa. (Conf. art. 69 del CPCC).
3. **REGULAR** los honorarios de los letrados de la parte actora J. A. I. y R. J. P., en conjunto, en el 30%; y los de los letrados de la parte demandada, D. G. L. y J. I., en conjunto, en el 25 %. Todos ellos de la cantidad fijada en la Instancia anterior, con más el IVA si correspondiere, 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).
4. **REGISTRESE,** notifíquese y devuélvase.

REGISTRADA BAJO EL N° /19 SDL. CONSTE.