En la ciudad de Puerto Madryn, a los días de marzo del año dos mil veinte, se reúne la Excma. de la 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 Dres. Julián Emil Jalil y H. E. F., para celebrar acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados **"P., J. R. C/ I. D. A. S.A. S/ COBRO DE PESOS" (Expte. N° 168/2019)**, venidos del Juzgado Laboral N° 2 (Expte. N°10194/17), 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. 627.

A LA PRIMERA CUESTION, el Sr. Juez de Cámara Dr. H. Enrique F., dijo:

1 – Antecedentes

El Juzgado Laboral N° 2 de esta ciudad dictó sentencia a fs. 227/235 vta., la cual fue apelada a fs. 236 por la parte demandada, concediéndosele el recurso a fs. 237. Expresó sus agravios la recurrente a fs. 238/249, siendo replicados los mismos por la contraria a fs. 251/256.

2 – La sentencia

La sentencia dictada en la instancia originaria hizo lugar a la demanda en todas sus partes, condenando a I. D. A. S.A. a abonar al Sr. J. R. P., la suma de $ 1.194.180,30.- con más los intereses a la tasa activa para operaciones de descuento de documentos comerciales que fija el Banco del Chubut S.A. desde la exigibilidad de cada crédito y hasta su efectiva cancelación; impuso las costas a la accionada vencida y reguló los honorarios de los profesionales intervinientes.

Dijo el Sr. Juez a quo que se debe resolver la procedencia de los reclamos del actor, esto es, las diferencias en el pago del SAC adeudados por los períodos 2do. Semestre 2015, 1° y 2° Semestre 2016 y 1° Semestre 2017 abonados por la empleadora y juzgar sobre la legitimidad del despido indirecto que produjo el actor el 11/09/2017.

Al analizar si la empleadora pagó de manera incorrecta el SAC al actor en los períodos que reclama, plasmó que disentía con la postura de la accionada que interpreta que no resulta aplicable la Ley 23.043, su decreto reglamentario ni la última modificación al art. 12 de la LCT (Ley 27.073).

Refirió que la empresa dijo que liquidó el SAC conforme la autorización del Ministerio. La demandada alegó que ella y el SOMU celebraron un acuerdo el cual fue homologado por el Ministerio de Trabajo el 15/11/2015 y ratificado por los firmantes en el cual se fijó la forma de liquidar el SAC.

Ante este panorama la sentencia ha dicho que la ley dispone claramente la forma de liquidarlo lo que no admite interpretaciones y que por más facultades que tenga el Ministerio, es obvio que no es suficiente para modificar la ley.

Surge de la decisión que la demandada pretende esgrimir que las remuneraciones percibidas por el actor no son mensuales, lo cual choca contra su propia forma de liquidarlas conforme los recibos de pagos obrantes en autos.

Expresamente ha dicho el sentenciante que el aguinaldo se debe calcular como el 50% de la mayor remuneración mensual devengada por todo concepto dentro del semestre calendario.

El demandado indicó la errónea base de cálculo tomado por la empresa para liquidar el SAC y detalló las sumas reclamadas por “diferencias”. El reclamo fue efectuado detalladamente a la empleadora y ésta lo rechazó

invocando que lo había liquidado correctamente y que así continuaría haciéndolo.

La sentencia ha determinado que corresponde la aplicación de la Ley 23.041 (de orden público) y su decreto reglamentario, así como la aplicación del art. 122 de la LCT en su nueva redacción según Ley 27.073 (B.O. 09/01/15).

Ha tenido en cuenta el a quo que la pericia contable practicada en autos realizó el cálculo de las diferencias por el SAC existentes a favor del actor. Dejó sentado que la parte actora observó en su alegato errores que había cometido el experto al calcular las diferencias y que había computado erróneamente la antigüedad del actor, lo cual fue aceptado por el sentenciante.

Concluyó el a quo diciendo que corresponde hacer lugar a las "diferencias del Sueldo Anual Complementario" y fijó el importe de cada período objeto del reclamo. Sin perjuicio de la observación que realizara la parte actora sobre el mismo, otorgó pleno valor probatorio al dictamen pericial contable. Fijó el importe de las "diferencias del SAC" en $ 109.769,98.-, tomó como mejor remuneración mensual devengada la suma de $ 144.575,91.- conforme las explicaciones brindadas por el experto contable y consideró la antigüedad del actor en 4 años (3 años, 3 meses y 12 días), conforme los recibos de haberes presentados por la demandada.

Con respecto al "despido indirecto" producido por el actor mediante el telegrama del 11/09/2017, luego de intimar por dos veces a su empleadora el pago de las diferencias del SAC, el desconocimiento patronal sobre los incumplimientos imputados y su posición en la forma de liquidar el SAC, entendió el a quo que fue ajustado a derecho la posición rupturista que adoptó el actor.

Ha dicho el Magistrado de la anterior instancia que la actora probó –conforme pericia contable obrante en autos— la existencia de una importante deuda salarial reclamada en concepto de Sueldo Anual Complementario y, por otro lado, la demandada no sólo negó la misma y su procedencia sino que no respondió oportunamente a la segunda intimación que le hiciera el actor, colocando al trabajador sin otra alternativa que hacer efectivo el apercibimiento y darse por despedido (despido indirecto).

Consideró el a quo que la posición adoptada por la empresa se reveló como injuriante a los intereses del trabajador y que resultó justificada plenamente su posición de extinguir el contrato laboral, habiéndose tornado imposible proseguir la relación y de allí que es acreedor a las indemnizaciones de ley para los casos de despidos indirectos.

Determinó el Sr. Juez sentenciante la "indemnización por antigüedad" tomando como base del cálculo la remuneración del mes de Junio de 2017 de $ 144.575,91.- conforme la pericia contable no observada por la demandada.

Fijó también el "Adicional por Rescisión Contractual" determinando su importe en el salario integral que devenga el trabajador constituido por el sueldo básico y demás rubros que percibe en forma regular y habitual (Art. 12 CCT 370/71). Tomó en este caso el importe de la mejor remuneración mensual, normal y habitual determinada por el dictamen contable: $ 144.575,91.-

Y admitió el "incremento indemnizatorio previsto en el Art. 2 de la Ley 25.323", a la luz de la doctrina sentada por el Plenario "Gauna" de la CNTrab. del 09/05/2011, el cual debe calcularse -dijo- sobre la Indemnización por Antigüedad y el Adicional por Rescisión de Contrato.

3 – <u>Agravios de la demandada</u>

3.1) En el primer agravio plantea la recurrente la **nulidad de la sentencia** debido a la ausencia de fundamentación suficiente y afirma que es un supuesto que no puede subsanarse con la apelación interpuesta.

Plantea que la sentencia debió resolver en primer término la aplicabilidad y validez del Convenio celebrado en 2015 entre su parte y el SOMU, a fin de desentrañar la cuestión al existir dos fuentes normativas aplicables a un mismo supuesto. Expresa que la agravia que el a quo haya omitido realizar una comparación práctica y positiva entre las normas, teniendo en cuenta que su parte siempre pagó el SAC a los trabajadores.

Dice que este proceder del a quo afectó la garantía constitucional de la defensa en juicio de su parte.

3.2) En este punto esgrime la queja que el a quo no tuvo en cuenta la especial característica de la actividad económica pesquera y no hizo un cuadro comparativo previo a decidir la forma cómo debe liquidarse el SAC al personal embarcado.

Insiste en que el Juez omitió que ante el Ministerio de Trabajo de la Nación se convino sobre el SAC, que el Ministerio estaba facultado para intervenir y para homologarlo. Afirma que su parte siempre cumplió con las obligaciones derivadas de lo convencionalmente acordado. Sostiene que con el Convenio aludido no se alteró el espíritu de la Ley 23.041 en cuanto mantiene el derecho allí consagrado relativo a la percepción del SAC, siendo la interpretación del juez contraria, lo que la agravia.

Afirma que se comprobó que su parte no actuó de mala fe ni contrarió la ley; que liquidó y pagó el SAC por lo que solamente se reclaman supuestas diferencias; que la actitud del actor de extinguir el contrato laboral fue desproporcionada; que la diferencia salarial reclamada es escasa para

justificar el despido indirecto; que el actor pudo haber reclamado extra y/o judicialmente la diferencia y evitar un despido apresurado.

Se agravia que el a quo haya considerado que existió injuria de su parte. Reitera lo expuesto en la contestación de la demanda sobre que el actor había iniciado el trámite para su jubilación en la ANSES. Reitera también que el actor nunca reclamó las diferencias del SAC.

Invoca que no existió silencio de su parte ante el reclamo del actor y por lo cual se dio curso al despido indirecto; que el actor se apresuró a darse por despedido y que el art. 57 LCT no establece un plazo preciso sino un tiempo mínimo durante el cual no puede exigirse contestación; que la interpretación que hace el juez sobre el silencio es contrario a la ley. Transcribe jurisprudencia.

3.3) Se agravia por la **antigüedad** otorgada por el a quo al actor (4 años, tomando 3 años, 3 meses y 12 días). Sostiene que no fueron más de 3 años y 3 meses, conforme lo dijo al contestar la demanda.

Afirma que el a quo otorgó esta antigüedad sin fundamento. Dice que hubo una tendencia abusiva del actor. Se agravia del cálculo y afirma que existen elementos concretos que lo contarían.

3.4) Lo agravia que la sentencia haya tomado como mejor remuneración mensual devengada por el actor la del mes de Junio de 2017 que representa la suma de $ 144.575,91.- conforme lo estableciera el perito contador.

Hace una serie de cálculos y refiere la existencia de pagos a cuenta realizados por su parte con la finalidad de demostrar su postura sobre este punto.

Dice que lo que formula el perito sobre la mejor remuneración resulta de una marcada desatención de su parte y que no tuvo ningún rigor científico

y que ello no pudo pasar inadvertido para el sentenciante. Cita doctrina sobre que el perito no sustituye al juez; que su dictamen no es obligatorio y que los jueces pueden apartarse de su dictamen.

Transcribe jurisprudencia.

Retoma el tema del monto cuestionado y hace referencia a que la marea se inició en mayo y finalizó en junio de 2017. Afirma que el salario considerado como mejor remuneración mensual, normal y habitual es arbitrario, que se debe descontar una suma que corresponde a mayo y el SAC y con ello obtiene un monto de $ 68.938,67.

Finaliza planteando subsidiariamente que debió aplicarse en autos la doctrina del fallo "Vizzoti" de la CSJN y tomarse el 67% de la mejor remuneración mensual, normal y habitual.

3.5) El quinto agravio está planteado porque el a quo admite en favor del reclamante el **"Adicional por Rescisión"**.

Afirma la quejosa que en este caso no se trata de un despido directo y que por ello no corresponde admitir el Adicional, siendo equivocado lo resuelto por el a quo.

Deja planteado que, de admitirse el rubro, no corresponde el monto fijado por la sentencia ($ 144.575,91.-) sino que debe ser el importe que corresponde a la remuneración del mes de Agosto de 2017.

3.6) El sexto agravio se plantea por el reconocimiento del **"agravamiento indemnizatorio del Art. 2 de la Ley 25.323"**.

Sostiene que este agravamiento no es aplicable al caso de autos y que surge de la misma norma a que casos se aplica. Cita jurisprudencia.

Plantea que –en el supuesto de admitirse el rubro-- se debe eximir del pago a su parte dado que existieron causas que justificaron la conducta de no

pagar las indemnizaciones reclamadas. Sostiene que no hubo una actitud antijurídica; que su parte siempre consideró haber actuado conforme a derecho y que la falta de contestación de un telegrama no puede considerarse a efectos de imponer la multa.

3.7) Por último, se agravia por **la imposición de costas**.

Afirma que su parte acreditó que liquidó el SAC conforme la normativa imperante y homologada por el Ministerio de Trabajo y es injusto que se las cargue a la demandada.

Sostiene que ha existido un vencimiento parcial y mutuo por lo que debió cargar el actor con las costas en proporción a lo que fue rechazada la demanda en cuanto a los montos que pretendía originariamente. Pide se lo exima del pago de los honorarios de la representación letrada del actor por existir razones que explican la forma como liquidara el SAC al actor.

4 – <u>Cuestión previa</u>

Si bien es cierto que la demandada recurrente mezcla en su recurso 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 modo reiterado 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 las actoras recurrentes, 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 las actoras, pasaré a tratar las quejas planteadas por las recurrentes.

Tengo también en cuenta que resulta carente de fundamentación el recurso de apelación que se limita a citar fallos o a transcribir decisorios de jurisprudencia o a reproducir opiniones doctrinarias, o, inclusive, a mencionar un conjunto de disposiciones legales, sin crear respecto de todo ello el necesario eslabonamiento crítico entre estas citas, la sentencia, las particulares circunstancias del caso y lo que es objeto de los agravios.

Tampoco cabe confundir *sustancia crítica* -que constituye el dato intelectual computado por el art. 268 del Cód. Procesal Pcial., para aceptar como idóneo un escrito- con *extensión* -que constituye un dato cuantitativo y extrínseco- y que suele desviar el cometido de la expresión de agravios, desde que no es la extensión desmedida del escrito de expresión de agravios lo que demuestra el acierto de la posición jurídica asumida por el apelante (conf. CNCiv., Sala C, 06/05/75, ED 67-206; La Ley 1976-A, 507, sum. 1671). Es sabido que se puede escribir mucho, pero fundamentar poco. Consecuentemente, para considerar bastante al escrito en cuestión, no debe tomarse en cuenta su latitud o extensión, sino verificar si cumple con el cometido de criticar el fallo en forma concreta y razonada. De nada vale que sea extensa si en ella campean la imprecisión y la vaguedad (conf. CNECC, Sala VI, 10/08/76, BCNECyC, 626, N° 8676).

Dice con acierto Colombo: *"es pretensión dialéctica exagerada la de querer demoler con uno o dos párrafos una sentencia circunstanciadamente fundada; es ingenuo abuso de la facultad querer someter a la Cámara a la eventual lectura de*

una interminable perorata y, antes, ocupar diez días del otro letrado para replicarla" (COLOMBO, C.J., *"Cód.Proc.Civ.Com. de la Nación. Anotado y Comentado*", Abeledo-Perrot, 1969, T. II, pág. 565).

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

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

5.1 – <u>La nulidad de la sentencia</u>

Ya he señalado en el punto "3" del presente las razones invocadas por la recurrente para esgrimir la nulidad de la sentencia recurrida.

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

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

En nuestra legislación existen dos tipos de causales que autorizan el recurso (o alegación) de nulidad: uno se refiere al incumplimiento de los

requisitos que condicionan la validez de las resoluciones judiciales, y otro a los vicios que afecten a los actos procesales que precedieron al dictado de aquéllas.

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

insuficiencia de fundamentos.

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

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

Por último, la codemandada en cuestión ha interpuesto y se le ha concedido el recurso de apelación contra la sentencia en crisis y en la fundamentación del mismo ha tenido la oportunidad de volcar todos los agravios que la misma le ha ocasionado y/o los errores que según su postura ha cometido la sentenciante, pudiendo demostrar y exponer con total amplitud las causas y/o motivos que tiene para que la resolución sea

revocada por el Superior. Es por esta razón que la jurisprudencia ha resuelto en forma reiterada que la nulidad no prospera cuando la cuestión puede ser resuelta mediante el recurso de apelación. Por lo tanto, la nulidad no corresponde ser decretada porque el vicio invocado es susceptible de repararse mediante el recurso de apelación que se le ha concedido a la demandada. Y hago esta contundente afirmación sin desconocer que la demandada expone en su presentación que se trata de un supuesto que no puede subsanarse con la apelación interpuesta. Lo que ocurre es que se trata de una simple postura o manifestación de la parte carente de todo aval o sustento probatorio. En ningún momento la recurrente demuestra que ello sea así y de allí su irrelevancia.

Por lo expuesto, considero que no es procedente declarar en este caso la nulidad de la sentencia en crisis.

5.2 – <u>La ruptura del vínculo laboral por despido indirecto</u>

Argumenta la recurrente que el a quo no tuvo en cuenta la especial característica de la actividad económica pesquera y que no hizo un cuadro comparativo positivo y previo a decidir conforme la legislación existente sobre la forma de liquidar el SAC al personal embarcado. Esto es un argumento u opinión personal de la parte, pero lejos estamos de un "agravio" y de allí su carencia de solvencia como fundamentación recursiva.

Esgrime la queja que el a quo no tuvo en cuenta el Convenio oportunamente celebrado por la empresa y que fue homologado por el Ministerio de Trabajo de la Nación. No es así. La sentencia en crisis lo trató y al respecto dijo: *"…disiento con la postura de la accionada que interpreta que no resulta aplicable la Ley 23.043 su decreto reglamentario ni la última modificación al artículo 122 de la LCT (Ley 27.073 B.O. 20/01/15). Sus*

argumentos no son viables en atención a la declaración de orden público de las prescripciones contenidas en la ley y la derogación de todas las disposiciones que se opongan a la misma (art. 2). Señala la accionada que por la especial característica de la actividad pesquera se justifica una interpretación y aplicación distinta de la que surge expresamente en la ley. Que así lo hizo el Ministerio de Trabajo a través de diversos dictámenes. Que ha liquidado el SAC conforme la autorización del Ministerio, es decir la doceava parte de todas las remuneraciones del año. Alega que I. y el SOMU celebraron un acuerdo el cual fue homologado en fecha 15/11/2015 por el Ministerio de Trabajo y luego ratificado por las partes firmantes el 06/11/2015. Sin embargo lo cierto y concreto es que la ley dispone una forma clara y terminante de liquidar el S.A.C., que no admite interpretaciones diversas y que por más facultades que el decreto reglamentario otorgue al Ministerio de Trabajo, obvio resulta que no llegarán a poder modificar el texto de la ley…; …las leyes deben interpretarse conforme el sentido propio de las palabras… Siendo que la primera fuente de interpretación es su letra, sin que sea admisible una inteligencia que equivalga a prescindir de ésta, pues la exégesis de la norma debe practicarse sin violencia de su texto o de su espíritu (Fallos 307:928)… Es al a luz de estos principios que no puede admitirse la postura de la demandada que consiste básicamente en fijar distingos que la ley no fija, realizando una aplicación analógica de institutos que participan de naturaleza distinta. Ello lleva fatalmente a prescindir del texto legal mediante la indebida realización de consideraciones que exceden las circunstancias expresamente contempladas por la norma que, al no exigir esfuerzo de interpretación debe ser directamente aplicada (conf. Fallos: 218:56, 299:167, 311:1042)…" (conf. fs. 231 vta./232). Esta clara conclusión de la a quo no es rebatida con solidez por la queja.

Luego la quejosa afirma que en ningún momento su parte actuó de mala fe ni contrarió disposiciones legales. Se trata de una postura u opinión personal.

Argumenta que liquidó y pagó el SAC y que se reclaman únicamente diferencias, lo que olvidó el sentenciante. No advierto la razón de esta afirmación, que tampoco constituye un agravio.

Luego afirma que la diferencia salarial que reclama el actor es escasa a los efectos de justificar el despido indirecto y no abultada como afirma el Juez.

Agrega que el actor pudo haber reclamado en forma extrajudicial o judicial la diferencia que consideraba a su favor y evitar un despido apresurado. Lo agravia que se haya resuelto que existió injuria de su parte para con el actor.

Es de hacer notar que el monto de la "diferencia" reclamada puede ser escasa para la demandada, pero no serlo para el reclamante. Por lo tanto, no hay agravio atendible en esa manifestación.

Con respecto a las razones que tuvo el actor para producir el despido indirecto, ellas han sido claramente expuestas por el a quo en su decisión y en ningún momento aparecen rebatidas por la queja, lo cual ha provocado que la decisión de la instancia originaria haya adquirido firmeza.

En este punto se encarga la quejosa de reiterar cuestiones expuestas al contestar la demanda y de allí su irrelevancia como agravios atendibles.

La recurrente no considera relevante su silencio ante la intimación del actor del pago de las diferencias de SAC reclamadas y -según su postura- el despido indirecto fue una decisión apresurada del trabajador.

He de destacar que la falta de pago de haberes adeudados, la intimación previa cursada por el trabajador y la conducta silente de la empleadora, sumado a que el incumplimiento de su principal obligación se mantuvo al momento de la comunicación rescisoria sin justificación válida alguna, permiten ponderar que tales hechos resultaron graves incumplimientos que justificaron la situación de despido indirecto en la que se colocó el

actor (conf. Cám.Apel.Trelew, Sala B, 04/02/2008, LLOnline AR/JUR/1139/2008).

El a quo arribó a una conclusión similar al decir: *"…la parte actora ha probado conforme la prueba pericial contable producida la existencia de una cuantiosa deuda salarial reclamada en concepto de Sueldo Anual Complementario y por la otra parte la empresa demandada no solo negó la misma y su procedencia debido a su particular posición sobre la forma de calcular el SAC, sino que además no respondió en tiempo y forma a la segunda intimación que le hiciera el Sr. P., colocándolo al trabajador sin más alternativas u opciones que aplicar el apercibimiento y colocarse en situación de despido indirecto. Por todo lo expuesto, entiendo que ha existido en este caso particular una actitud prudente del actor en tratar de mantener el vínculo laboral (art. 10 LCT) pero que vio trunco ante la arbitraria posición que adoptó la empresa demandada, en relación a su reclamo… Finalmente considero que la posición que adoptó la empresa tanto en su negativa a reconocer la deuda determinada en autos, como la incomprensible negativa a cumplir con la normativa legal vigente conforme lo dispuesto en el artículo 122 de la LCT se revela como injuriante a los intereses del trabajador y que se justifica plenamente su posición de extinguir el contrato laboral debido a que se le tornó imposible proseguir con la relación…"* (conf. fs. 233 vta./234). Todo este razonamiento del sentenciante que acabo de transcribir, no es refutado por la fundamentación recursiva de la demandada.

Tal como lo ha referido la sentencia -en lo que aquí interesa-tengo en cuenta que el día 5 de Septiembre de 2017 el actor intimó por telegrama a la demandada -por segunda vez y en virtud del principio de buena fe y de continuidad laboral- para que le abonaran dentro de las 48 horas las diferencias del SAC adeudadas conforme lo que anteriormente ya reclamara fehacientemente, bajo apercibimiento de considerarse despedido por su culpa (conf. fs. 22 y 129).

Ante el silencio de la requerida a esta última intimación, el actor hizo efectivo el apercibimiento y se dio por despedido mediante el despacho postal del día 11 de Septiembre de 2017 (conf. fs. 23). El mismo día en que la demandada recibió el último despacho del actor considerándose despedido (12/09/2017), le envió la carta documento obrante a fs. 130 respondiendo su intimación del 05/09/2017.

Es de hacer notar que la intimación cursada por el actor el 05/09/2017 no recibió respuesta alguna a pesar que era carga para la empleadora explicarse, por lo que su incumplimiento originó como consecuencia desfavorable una presunción en su contra (art. 57 LCT). Es por ello que la sentencia ha plasmado que la demandada no respondió en tiempo y forma a la segunda intimación que le hiciera el Sr. P.. O sea, frente a la intimación cursada la respuesta fue el silencio, cuando la empresa tenía el deber legal de expedirse en tiempo y forma.

Es de observar que la mora en el pago de las remuneraciones no es en sí misma lo que autoriza la rescisión del contrato de trabajo, sino el carácter injurioso de la conducta empresaria, que puede, según las circunstancias fácticas, resultar encuadrada en los términos del art. 242 de la LCT. Para que se configure la injuria y el trabajador pueda disolver el contrato por tal motivo, es necesario que intime previamente el pago del crédito bajo el apercibimiento correspondiente. Esta es una exigencia impuesta por el obrar de buena fe (conf. FERNANDEZ MADRID, *"Tratado Práctico de Derecho del Trabajo"*, La Ley 2ª. edic. actualizada 2001, págs. 1791/1792). En este aspecto, la intimación cursada (conf. fs. 22 y 129) lo fue bajo apercibimiento de considerarse despedido con lo que el trabajador dio cumplimiento a ese previo recaudo y satisfacción al requisito elemental del deber de buena fe, por lo que justificadamente se colocó en situación de despido indirecto (conf. Cám.Apel.Trelew, Sala B, cit.).

Debe tenerse presente que la falta o retraso en el pago de parte o todo el salario, e **incluso de un porcentaje del sueldo anual complementario**, es justa causa para que el trabajador se considere despedido -art. 242, LCT- si previamente intimó al empleador a que regularizara su conducta, ya que este actuar de la patronal configura el incumplimiento de una de sus principales obligaciones (conf. CNTrab., Sala V, 26/09/2007, *"Cobacho, M.A. c/ Obrra Social Bancaria A."*, LLOnline AR/JUR/6278/2007).

Corresponde destacar que la manifestación realizada por la empleadora el día 12/09/2017 (conf. fs. 130), sin perjuicio de mantener su posición sobre el reclamo, resultó inconducente dado que fue una comunicación impuesta con posterioridad a la extinción del vínculo, pues la invocación de hechos posteriores al distracto es manifiestamente inoficiosa (conf. Cám.Apel.Trelew, Sala B, cit.).

Lo expuesto conduce al rechazo de la queja.

5.3 – <u>La antigüedad del actor</u>

Agravia a la demandada que la sentencia haya considerado que la antigüedad del actor es de 4 años (3 años, 3 meses y 12 días).

Para arribar a esa conclusión el a quo ha dicho que se basó en los recibos de haberes obrantes a fs. 121, 122 y 123 acompañados por la demandada.

Del recibo obrante a fs. 122 que instrumenta el pago de la remuneración del mes de Julio de 2017 surge que la antigüedad es de "3 años y 3 meses", habiéndose realizado el depósito en el mes de Agosto de 2017. Por lo tanto, si el despido indirecto se produjo el día 12/09/2017 que es la fecha en que la demandada recibió el telegrama de fs. 23 (conforme informe de fs. 24), es correcto el cómputo de la antigüedad realizado en la sentencia. En razón de lo expuesto, este agravio debe rechazarse.

5.4 – <u>El monto de la indemnización por despido</u>

Para fijar el monto de la indemnización por antigüedad el Magistrado sentenciante ha referido que *"…estableció el perito Contador que la mejor remuneración mensual devengada por el actor corresponde al mes de junio de 2017 en la suma de $ 144.575,91 conforme las explicaciones formales brindadas por el Perito Contador…"* (conf. fs. 233 *"in fine"*/233 vta.); *"…Para determinar la cuantía de la indemnización por despido y los demás montos indemnizatorios, he de atender a la base de cálculo correspondiente al mes de junio de 2017 en $ 144.575,91 del dictamen pericial (fs. 168/185), no observado por la demandada…"* (conf. fs. 234 *"in fine"*/234 vta.).

La quejosa no está de acuerdo con el monto considerado como mejor remuneración mensual, normal y habitual y en su agravio se dedica a atacar y desvalorizar la actividad desarrollada por el Sr. Perito Contador actuante en autos. Inclusive realiza una serie de cálculos con la intención de demostrar que el experto contable se equivocó al determinar el monto de la remuneración en cuestión. Ataca también la valoración de la prueba pericial que ha hecho el a quo.

Estamos aquí ante el clásico caso de la parte que ha consentido el dictamen pericial practicado en autos, la sentencia tuvo en cuenta -al decidir- dicho dictamen no objetado por las partes y quien resultó perdidoso en el proceso dedica su agravio a impugnar la pericia, a descalificar la actuación del perito en cuestión y a expresar su desacuerdo con la valoración de la prueba por parte del sentenciante.

Teniendo en cuenta que la sentencia se basó y tuvo en cuenta las conclusiones de la prueba pericial contable y que éstas no fueron objeto de observación alguna por parte de la recurrente en la estación procesal pertinente, deviene claramente improcedente esgrimir una queja al

respecto recién al expresar agravios mostrando su disconformidad con el contenido y resultado de la misma.

Por lo demás, es muy claro que cuando el fundamento de la queja constituye una crítica contra la resolución que está basada en lo dictaminado por la pericia practicada en autos que el agraviado no observó ni impugnó y que, por lo tanto, consintió, no hay agravio contra la sentencia susceptible de ser estimado (conf. CNFed.Civ.Com., Sala III, 16/06/81, ED, 95-300; esta Cámara in re *"Rodríguez Zeballos A. c/ Meibar SRL s/ Cobro de Pesos"*, 21/05/2013, Reg. SD 31/13, entre otras).

En este sentido, las decisiones jurisprudenciales son uniformes al decidir que si agregada la pericia a las actuaciones no merece impugnación de las partes ni oposición a ello, resulta improcedente y extemporánea la discrepancia en sede de agravios, ya que aquella oportunidad no es recuperable, pues implicaría una tardía verificación probatoria en etapa ya clausurada, instalando una peculiar situación en la que ya no se podría oír al experto (conf. C.C.C.1a.Quilmes, 12796, RSD-12-11, S 09/03/2011; ídem, 12607, RSD-90-10, S 23/12/2010; ídem, 11469, RSD-56-9, S 07/07/2009; ídem, 10883, RSD-41-8, S 22/07/2008; ídem, 9441, RSD-23-7, S 18/04/2007; ídem, 9387, RSD-96-6, S 30/11/2006; ídem, 9068, RSD-78-6, S 26/10/2006; ídem, 8203, RSD-108-5, S 03/11/2005; ídem, 7458, RSD-118-4, S 04/11/2004; ídem, 6213, RSI-130-3 I, 06/06/2003; ídem, 4990, RSD-36-2 ,S 19/06/2002; ídem, 4238, RSD-74-1, S 17/08/2001; ídem, 2815, RSD-13-00, S 16/02/2000; ídem, 2303, RSD-20-99, S 05/04/1999; ídem, 1327, RSD-4-98, S 05/03/1998; JUBA B2900595; Cám 1a.Civ.Com.San Nicolás, 05/10/2010, Reg. 129-10; ídem, 16/04/09, Reg. 32-9; JUBA B858434).

En el caso, la Pericia Contable fue oportunamente ofrecida como prueba por ambas partes y la misma fue incorporada a estas actuaciones sin que fuera objeto de observación, impugnación o pedido alguno por parte de la

recurrente. Es por ello que han devenido claramente improcedentes los cuestionamientos planteados a su respecto por ella en la sede de agravios. Y ello es así porque pasó la oportunidad procesal de realizarlo, siendo imposible volver atrás, no se puede remontar *"in extremis"*, toda vez que implicaría una tardía verificación probatoria en una etapa precluida, generando argumentos a esta altura novedosos al no haber sido considerados en la anterior instancia por el juzgador (art. 280 CPCC).

Es que la ausencia de una oportuna protesta ante el dictamen pericial producido e incorporado a estos autos como prueba -tal lo que aquí ha ocurrido- permite sentar que si el mismo no fue objeto de observación ni de impugnación alguna por los interesados, las consideraciones generales que se vuelquen por el apelante en la expresión de agravios carecen de relevancia y debe estarse, por consiguiente, a las conclusiones que llegó el experto, si no juegan elementos eficaces de convicción que autoricen a apartarse de ellas, lo cual aquí no se ha demostrado.

La apelante no formuló objeciones a la incorporación del dictamen ni a las conclusiones del experto cuando tuvo la oportunidad procesal para hacerlo, dejándola consentir. Por lo tanto, los agravios que ahora expresa, son meras afirmaciones dogmáticas sin fundamento fáctico ni jurídico. Sus meras impugnaciones a lo que surge de la pericia y a sus conclusiones, resultan extemporáneas.

Conforme lo hasta aquí desarrollado, no tiene sustento la postura de la quejosa. Y no la tiene en razón de que se ha acotado, de manera concordante, que si el artículo 473 de la legislación adjetiva (art. 477 del CPCC Pcial.) permite a las partes requerir explicaciones al perito, brindando una concreta y clara oportunidad para manifestar las discrepancias que eventualmente se tengan con su dictamen, y se la deja pasar, **mal pueden luego plantearse cuestiones en la expresión de**

agravios que no fueron sometidas al sentenciante originario (arg. art. 272, Cód. Proc.) (conf. Cám. 2ª., Sala III, La Plata, C. B-65.935, reg. sent., 293/88; reg. sent. 309/88; cit. en MORELLO – SOSA – BERIZONCE, *"Códigos Procesales en lo Civ. y Com. de la Pcia. de Bs.As. y de la Nación"*, T. V-B, Edit. Platense - A.Perrot, 1992, págs. 419 y sigs.).

Siempre -según el punto de vista que señalo- se ha declarado que si bien la pericia puede ser impugnada por haberse apartado los expertos de las cuestiones propuestas al examen, o por considerar equivocado al procedimiento seguido por ellos en la diligencia, o por haberse violado alguna de las formalidades prescriptas para la misma, para admitir su procedencia formal, **el ataque debe exteriorizarse dentro del plazo por el cual el dictamen fue puesto de manifiesto, o bien, antes de consentir el auto que ordenó su agregación** (conf. Cám. 1ª. Apel. Bahía Blanca, JA, 1969, Sec. Reseñas, pág. 775, N° 28; Cám. 2ª., Sala II, La Plata, C. B-9762, reg. int. 591/63). O sea, que las observaciones formuladas a la prueba pericial y que importan en definitiva un análisis de ese medio probatorio, deben hacerse **en la debida oportunidad procesal** (conf. Cám. 2ª., Sala I, La Plata, C. 95.224, reg. int. 525/59; Cám. 2ª., Sala III, La Plata, C. B-16.729, reg. int. 49/66).

De allí que se haya decidido que si en primera instancia no fue impugnada la pericia, **no se lo puede hacer luego ante el Tribunal de segundo grado, al fundar el recurso interpuesto contra la sentencia condenatoria** (conf. Cám., 2ª., Sala III, La Plata, C. B- 61.297, reg. sent., 5/87). O de manera coincidente, que si la pericia fue agregada en autos y puesta al examen de las partes por el plazo legal, sin haber merecido objeción alguna de la recurrente, **ésta no puede agraviarse si el juzgador falló de acuerdo al dictamen pericial** (conf. Cám., 1ª., Sala II, La Plata, La Ley 150-242; todos fallos cit. en MORELLO…, *"Códigos…"*, ob. cit., T. V-B, págs. 419/420).

Como vemos, en modo alguno puede admitirse la postura de la recurrente al pretender modificar la decisión en crisis, dado que juega en el caso lo dispuesto por el art. 477 CPCC y la jurisprudencia citada.

En relación directa con lo expuesto, surge también la queja de la apelante por **la valoración de la prueba pericial contable** que ha realizado el a quo. O sea, se objeta que el a quo le haya otorgado validez al referido dictamen pericial.

Ante las claras y terminantes conclusiones del experto, no advierto que existan razones fundadas que aconsejen dejarlas de lado o apartarse de ellas. Nada se ha demostrado en autos que amerite tal determinación. Ante la problemática que aquí se ha presentado -y conforme lo vengo diciendo reiteradamente ante planteos similares- es para mí esencial tener en cuenta que lo que legitima (hace admisible) la prueba pericial es, en realidad, el hecho de que la apreciación de los hechos controvertidos requiera de conocimientos especiales en alguna ciencia, arte, industria o actividad técnica especializada (art. 461 CPCC). Eso basta.

El Código procesal establece que la fuerza probatoria del dictamen pericial será estimada por el juez al tener en cuenta la competencia del perito, los principios científicos o técnicos en que se funda, la concordancia de su aplicación con las reglas de la sana crítica, las observaciones formuladas por los consultores técnicos o los letrados y los demás elementos de convicción que la causa ofrezca (art. 481 CPCC). Es totalmente cierto que el juez puede apartarse del dictamen pericial, pues -como es sabido- éste, en principio, no lo constriñe. Pero para apartarse de las conclusiones del experto existe un requisito insoslayable: expresar las razones (suficientes y objetivas) que tiene para ello, fruto de un análisis crítico, profundo y serio tanto de sus fundamentos como de sus conclusiones que desacredite, y así descalifique como tal, el peritaje realizado con base en otros elementos no

menos convincentes. Ello así, pues debe evitarse que el apartamiento represente el ejercicio de su sola voluntad y trasunte un proceder arbitrario, caprichoso o infundado y una (indebida) sustitución del sistema de la sana crítica racional por el de la íntima convicción. Concretamente: la argumentación descalificatoria de las conclusiones periciales debe ser razonable y fundada. Así el juez no puede ignorar lisa y llanamente la opinión del facultativo, dejar de valorarla o apartarse del resultado de la pericia sobre la base de razonamientos subjetivos, que no consultan la realidad de las constancias de la causa y llevan ínsito un claro voluntarismo. Tampoco puede descartar las conclusiones periciales so pretexto de su propia falta de capacitación técnica para entenderla (cuando el método y las conclusiones se han expresado suficientemente), ni apartarse de ellas en virtud de acudir solamente a sus conocimientos privados, técnicos o científicos, pues ello implicaría sustituir al perito en los conocimientos propios de la ciencia de que se trate y, al igual que no es lógico que el perito sustituya al juez, tampoco es dable que éste sustituya a aquél (conf. QUADRI, G.H., *"La prueba en el proceso civil y comercial"*, T. II, pág. 1357, Ed. Abeledo Perrot).

En razón de los fundamentos expuestos, las quejas sobre este punto tampoco resultan admisibles.

5.5 – <u>La aplicación de la doctrina del fallo "*Vizzoti*"</u>

Dentro del mismo agravio tratado en el punto anterior, plantea en subsidio la recurrente que si bien el CCT 370/71 no habla de tope indemnizatorio, remite a lo dispuesto por la LCT y en este sentido debió aplicarse aquí la doctrina del fallo *"Vizzoti"* de la CSJN y considerar el 67% de la mejor remuneración mensual, normal y habitual. La petición no tiene sustento.

El hecho que la actividad pesquera carezca de topes indemnizatorios, lo cual de un tiempo a esta parte refleja un desacuerdo de partes, quedando desactivados montos muy bajos del pasado en relación a las remuneraciones de los tripulantes de embarcaciones pesqueras, hace que la solución propuesta por la demandada, esto es aplicar la doctrina del caso *"Vizzoti"*, no resulta adecuada ni aplicable al caso, teniendo en cuenta el principio protectorio instituido por el art. 14 bis de la Constitución Nacional, en virtud del cual el trabajador es sujeto de preferente tutela conforme interpretación del Máximo Tribunal (conf. CNTrab., Sala VI, 17/06/2013, LLOnline AR/JUR/40508/2013).

Tengo en cuenta, por último, que tampoco la empleadora alegó oportunamente la aplicación del referido tope sino que se limitó a negar el salario sin ningún otro reparo y sin indicar cuál era el valor que debía considerarse como base del cálculo indemnizatorio, por lo que la cuestión ha sido introducida tardíamente lo que conduce a la imposibilidad de ser tratado en esta instancia (arg. art. 280 CPCC).

5.6 – <u>El "Adicional por Rescisión</u>"

La queja plantea la improcedencia de la sentencia al reconocer este rubro a favor del actor. A todo evento plantea que es equivocado el importe de condena ($ 144.575,91.-) cuando correspondía -de ser aceptado- el importe del mes de Agosto de 2017.

El art. 12 del CCT 370/71 contempla un derecho para el trabajador que resulta equivalente a la indemnización sustitutiva del preaviso, desde que establece una suma igual a un mes de sueldo si la antigüedad fuera inferior a cinco años y de dos meses si fuera mayor.

Con posterioridad al citado convenio se dictó la L.C.T., lo que obliga a dar primacía a las normas protectorias contenidas en dicho ordenamiento

(orden público laboral y principio de la norma más favorable, arts. 7 y 9 de la LCT), como consecuencia de lo dispuesto por el art. 6 de la Ley 14.250.

Y la vigencia de la LCT está condicionada a que la aplicación de sus disposiciones resulten compatibles con la naturaleza y modalidades de la actividad de que se trate y con el específico régimen jurídico a que se halle sujeta (art. 2), o sea, que sus mejoras son aplicables a la "gente de mar" en la medida que se ajusten a las características del trabajo marítimo y al régimen normativo especial (conf. AUSTERLIC, *"La estabilidad de la gente de mar"*, DT 1977, 253; Cám.Apel.Trelew, Sala B, 04/02/08, cit.).

De tal modo, es evidente la asimilación del "Adicional por Rescisión" al instituto de la indemnización sustitutiva por falta de preaviso contemplado en la LCT por resultar compatible con la modalidad de la actividad y con el específico régimen jurídico al que se encuentra sujeta. Viene al caso dejar sentado que éste ha sido también el criterio de la Sala B de la Cámara de Apelaciones de Trelew desde hace muchos años (conf. C. 16.380, SDL 67/2000; C. 19.259, SDL 23/04; C. 20.269, SDL 21/2005; C. 20.352, SDL 27/2005; C. 21.151, SDL, 18/2006).

Hasta aquí ha quedado en claro que en el caso de autos corresponde la aplicación de lo dispuesto por el art. 12 del CCT 370/71 en favor del actor.

Cabe ahora referirme a la forma de calcular el importe que corresponde abonar por este rubro. En este contexto, cuando se registran alteraciones mensuales de las remuneraciones, se ha decidido para fijar la base remuneratoria, que sea un promedio de los haberes pagados durante los seis meses anteriores al distracto o liquidarse la indemnización sobre la base de la mejor remuneración mensual, normal y habitual percibida por el trabajador durante el último año de trabajo (conf. MEILIJ, *"Contrato de Trabajo"*, Ed. Depalma, 1981, T. II, pág. 427). Este último fue el criterio empleado por el a quo para valorar el rubro bajo análisis.

Corresponde aclarar que en realidad la ley no da solución para el caso y por eso algunos autores entienden que debe aplicarse el principio de normalidad próxima y por lo corriente se calcula sobre los haberes devengados en el último mes normalmente trabajado (conf. FERNANDEZ MADRID, *"Tratado Práctico de Derecho del Trabajo"*, Ed. La Ley, 2ª. edic. act. 2001, T. II, pág. 1714; Cám.Apel.Trelew, Sala B, 04/02/08, cit.).

El agravio plantea la improcedencia de haber tomado el a quo la mejor remuneración mensual, normal y habitual y que, a todo evento, debió fijarse el monto tomando la remuneración del último mes trabajado, esto es, Agosto de 2017. La parte actora -al contestar este agravio (conf. fs. 255)- reconoce que existen dos formas de liquidar la indemnización bajo análisis: a) la que toma el promedio de las remuneraciones del último semestre previo a la desvinculación y b) la que toma el último salario percibido por el actor. Agrega en su presentación que el último salario del actor asciende a la suma de $ 87.859,59.- correspondiente al mes de Agosto de 2017, conforme lo determinó el Perito Contador a fs. 176/177. En ningún momento la reclamante afirma que es correcto el monto fijado por el a quo y que debe confirmarse, simplemente deja constancia que hay dos formas de liquidar el rubro -según ya lo he dicho- y se advierte que ninguna de ellas es la que tomó el sentenciante. Con lo cual, es de toda evidencia aunque no lo haya dicho expresamente- que la parte actora acepta que debe ser corregido por esta Alzada el importe correspondiente a este "Adicional" fijado por el a quo y disponer que el monto del mismo asciende a la suma que corresponde a la remuneración del último mes trabajado por el actor, esto es Agosto de 2017, es decir, **$ 87.859,59.- (Ochenta y siete mil ochocientos cincuenta y nueve pesos con 59/100)**.

Al importe aquí determinado se le adicionarán los correspondientes intereses fijados en la sentencia dictada en la instancia originaria, calculados desde que la suma es adeudada hasta su efectivo pago.

Por lo que he de proponer al Acuerdo revocar parcialmente este punto de la sentencia en lo que hace al monto por el cual debe abonar la demandada el "Adicional por Rescisión" que se fija en la suma de **$ 87.859,59.-**

5.7 – <u>El agravamiento indemnizatorio (Art. 2 Ley 25.323)</u> La demandada sostiene que no corresponde imponerle la obligación de abonar el agravamiento indemnizatorio previsto por el Art. 2 de la Ley 25.323 conforme surge del fallo en crisis.

La SCJBA ha sostenido que el agravamiento de la indemnización que el art. 2 de la Ley 25.323 prevé, está generado por la dilación en el pago de las que correspondan por despido injustificado. Es decir que la sanción se vincula con la conducta morosa del principal que, fehacientemente intimado, no abona en término las indemnizaciones derivadas del despido obligando al trabajador a iniciar acciones judiciales o instancias previas obligatorias para percibirlas, con la consiguiente pérdida de tiempo y esfuerzo (conf. SCBA, 23/04/08, *"Dolcini, M. c/ El Detalle SACIF s/ Diferencias Indemnizatorias y Reclamo Salarial"*, L. 90.473).

El mismo tribunal ha dispuesto que la indemnización prevista en el art. 2 de la Ley 25.323 no se debe como consecuencia del despido sino de la mora del empleador en la satisfacción de las indemnizaciones que reparan sus consecuencias, cuando no tiene justa causa. La norma se refiere entonces a la mora del empleador que, debidamente intimado a satisfacer el pago de las indemnizaciones por despido y falta de preaviso, no lo hiciere, obligando así al trabajador a iniciar un proceso judicial u otras acciones para poder percibirlas (conf. SCBA, 04/06/08, *"Sánchez, E.B. y Ots. c/ Peugeot Citroen A. S.A. s/ Indemnización por Despido"*, L. 88.904; ídem, 17/12/08,

"Manzoni, P.N. c/ Barrasa, M.E. y Ots. s/ Cobro de Pesos"; CNTrab., Sala VII, 03/07/04, *"Paggi, J. c/ Comunidad Bet El Asoc. Civil s/ Despido"*; cit. en ROMUALDI, E.E. – SUAREZ, A., *"Indemnización por obligar al trabajador a iniciar acción judicial para percibir la indemnización. Art. 2 Ley 25323"*, RDLSS 2013-4, 348, LLOnline AR/DOC/4989/2013).

En lo que hace a los casos de despido "indirecto" la jurisprudencia ha sido bastante uniforme en sostener que no existe disposición legal alguna que limite la aplicación del art. 2 de la Ley 25.323 a los supuestos de despido directo, toda vez que el artículo sólo hace referencia a los "despidos incausados", tanto cuando sean concretados por el empleador como cuando el dependiente deba poner fin al vínculo por alguna conducta injuriosa de aquél, por lo que cuando correspondiere al trabajador percibir la indemnización dispuesta por el art. 245 LCT (sea por despido indirecto o directo) y se dieran los extremos enunciados en el artículo, procederá el incremento (conf. CNTrab., Sala IV, 15/12/08, *"Regatuzo, M.C. c/ Bank Boston Nac. Assoc. s/ Despido"*; ROMUALDI – SUAREZ, ob. cit.).

Mucho se discutió en la doctrina y jurisprudencia sobre los casos vinculados con estatutos especiales, ya que la ley al indicar que las indemnizaciones debidas son la de los arts. 232, 233 y 245 pareciera que excluye las que se prevean en otras normas. La cuestión fue resuelta por el Fallo Plenario dictado por la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo el 09/05/2011 in re *"Gauna, Edgardo D. c/ Explotación Pesquera de la Patagonia S.A. s/ Despido"* (La Ley 2011-C, 226, LLOnline AR/JUR/15512/2011). En lo sustancial se estableció que el art. 2 de la Ley 25.323, debe interpretarse en sentido amplio y cuando se señala los artículos que infraconstitucionalmente detallan esa protección, debe entenderse que se refiere a todos los supuestos de reparación (sea cual fuere el sistema elegido) por violación al derecho al puesto de trabajo y a su continuidad,

que están consagrados en la Constitución Nacional. Luego, los trabajadores amparados por estatutos particulares, deben quedar aprehendidos en la norma que hace referencia a los artículos de la LC.T. Y ello, aun cuando su protección sea cuantitativamente superior a quienes se desempeñan en el marco de la Ley de Contrato de Trabajo. Porque es "mayor protección" considerar la especificidad de sus funciones y la ley 25.323 apunta al cumplimiento efectivo y oportuno de la reparación por el despido arbitrario. **No hay razón entonces para excluir de la norma a los trabajadores marítimos**. La Ley 25.323 es una ley de carácter general aplicable a todos los trabajadores en relación de dependencia y no se encuentra controvertida con ninguna disposición del estatuto particular (conf. ROMUALDI – SUAREZ, ob. cit.).

Por lo tanto, toda vez que el actor debió iniciar acciones legales a fin de percibir lo que le corresponde y que el recargo previsto en el art. 2 de la Ley 25.323 se aplica a las indemnizaciones previstas para los trabajadores marítimos según las pautas establecidas en el Fallo Plenario *"Gauna"*, corresponde hacer lugar al incremento indemnizatorio solicitado y de allí que el a quo haya estado plenamente acertado en su decisión en esta cuestión.

En modo alguno corresponde modificar la decisión con el objeto de eximir a la demandada del pago de este incremento por las razones que expone en la queja. El sólo hecho de haber desplegado una conducta y actitud "injuriante" para con su empleado -conforme lo ha descripto correctamente el sentenciante- y teniendo en cuenta que ello no ha sido en ningún momento rebatido con solidez por la recurrente, es motivo más que suficiente para la imposición del recargo. Por otra parte, es de toda evidencia que el actor debió promover este proceso a los efectos de poder percibir las sumas que le corresponden como consecuencia del vínculo

laboral que lo uniera con la demandada. Por lo tanto, la aplicación de la norma en cuestión deviene inevitable y de allí la improcedencia de la queja.

5.8 – <u>La imposición de costas</u>

Pretende la recurrente que se modifique la imposición de las costas a su cargo.

Conforme con el art. 69 del CPCC, la parte vencida en el juicio deberá pagar todos los gastos de la contraria, aun cuando ésta no lo hubiese solicitado. En tal sentido, señala Farina que *"las costas deben aplicarse de oficio, porque son un accesorio de la sentencia y no se hallan vinculadas con la cuestión de fondo"* (FARINA, voz *Costas*, en *"Enciclopedia Jurídica Omeba"*, T. VI, p. 1061).

En esta cuestión adelanto que soy de la opinión -y lo he expresado con anterioridad al votar en varios casos similares- que el principio fundamental que rige en esta materia es que debe cargar con las costas la parte que con su conducta hizo necesario el juicio. Es decir, aunque el monto de la condena no coincida con lo reclamado por la parte actora, el demandado que negó todo y obligó a tramitar todo el proceso, debe cargar íntegramente con las costas. Vencido es el demandado aunque la demanda no haya prosperado en su totalidad. De admitirse una solución contraria, el derecho que la sentencia reconoce al actor quedaría menoscabado con infracción del fundamento mismo de la institución de las costas (conf. FARINA, ob. cit., p. 1060).

"La noción de vencido, al efecto de la carga de las costas, ha de ser fijada con una visión sincrética del juicio y no por un análisis aritmético de las pretensiones y los resultados. Con tal base, es notorio que las costas deben ser impuestas a la parte defendida que negó toda reparación –como lo demuestra la necesidad de este pleito—pues aun si el pedido fue exagerado cuantitativamente, la litis resultó

igualmente necesaria al no haber pagado los demandados aquello procedente" (conf. CNCom., Sala D, 30/07/82, LL, 1982-D-465).

Sobre esta cuestión, ha dicho nuestro Máximo Tribunal Nacional: *"…el art. 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación consagra el principio rector en materia de costas, que encuentra su razón de ser en el hecho objetivo de la derrota (Fallos: 323:3115; 325:3467), de modo que quien pretenda exceptuarse de esa regla debe demostrar acabadamente las circunstancias que justificarían el apartamiento de ella (Fallos: 312:889; 329:2761)…de la regla general se desprende que quien resulta vencido debe cargar con los gastos que debió realizar su contraria para obtener el reconocimiento de su derecho, y la existencia de jurisprudencia o doctrina discrepante… no resulta ser razón suficiente para apartarse del principio objetivo de la derrota". "…por otra parte, la exención de costas a la vencida sin apoyarse en elementos fácticos y jurídicos suficientes puede redundar en un injustificado aumento de la litigiosidad, puesto que, indirectamente, se incentiva la promoción de pleitos sin sustento legal, en los que bastaría citar alguna doctrina o jurisprudencia discordante para no tener que soportar los gastos del proceso"* (C.S.J.N., 10/04/2012, B. 638. XLVI, Rec. de Hecho, *"B., M.L. c/ E., S. y Otros s/ Simulación"*).

Advierto que en la queja en tratamiento la apelante pretende exceptuarse de la regla que fija la norma del art. 69 del ritual sin demostrar acabadamente las circunstancias que justifican apartarse de ella. Por otra parte, al contestar la demanda (fs. 135 y 147) solicitó el íntegro rechazo de la misma y la imposición de costas al actor, obligando a tramitar todo el proceso para que la parte actora obtenga el reconocimiento de su derecho. No veo, entonces, que corresponda hacer una excepción al principio general que rige en la materia y de allí que propongo al Acuerdo rechazar el agravio en análisis y confirmar lo dispuesto en la sentencia en crisis

sobre el punto (conf. esta Cámara, in re: *"F. de A. U. c/ G., E. y/u Otro s/ Cobro de Pesos"*, 18/05/2012, Reg. N° 16/12, entre otros).

6 – <u>Conclusión</u>

De conformidad con lo hasta aquí analizado y fundamentado, cabe concluir que corresponde: **a) Modificar** la sentencia en crisis en el monto condenado a pagar por el **"Adicional por Rescisión"**; **b) Disponer** que el importe a abonar por la demandada por el **"Adicional por Rescisión"** asciende a la suma de **87.859,59.- (Ochenta y siete mil ochocientos cincuenta y nueve pesos con 59/100)**, con más los intereses fijados por la sentencia de primera instancia desde que este importe es adeudado hasta su efectiva cancelación y **c) Confirmar** la sentencia apelada en todo lo demás que ha sido materia de agravios. Así lo voto.

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

Si bien he propuesto una revocación parcial de la sentencia recurrida, el alcance y magnitud de la misma no justifica realizar la adecuación de costas y honorarios que prevé la norma del art. 282 del ritual, por lo que se mantiene lo decidido en la instancia originaria.

8 – <u>Costas de la Alzada</u>

En atención al resultado final del recurso concedido a la parte demandada y a que a la luz del mismo ha sido la recurrente la que resulta evidentemente vencida en el mismo, corresponde imponerle las costas de la Alzada (art. 69 CPCC), regulándose los honorarios del Dr. J. A. I., letrado apoderado de la parte actora, en el 30% de los que les correspondan por su labor en la instancia originaria y los del Dr. L. C. B.,

letrado apoderado de la parte demandada, en el 25% de los que les correspondan por su labor en la primera instancia, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 7 de la Ley Arancelaria y más el IVA de así corresponder (conf. arts. 5, 13, 38, 46 y concs. Ley XIII N° 4 y modificat.). **A LA PRIMERA CUESTION**, el Sr. Juez de Cámara Dr. H. Enrique F. vota **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 la parte demandada, 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 se exponen y en el mismo orden de tratamiento que propone el magistrado que me antecede en el voto.

2.

Tratamiento de los agravios de la parte demandada

2.1) En el primer agravio señala que la sentencia es nula debido a la ausencia de fundamentación suficiente y afirma que es un supuesto que no puede subsanarse con la apelación interpuesta.

El artículo 255 del CPCC prescribe que el recurso de apelación comprende el de nulidad por defectos de la sentencia. Esta circunstancia no exime a la parte de la carga de invocar, ante la Alzada, los defectos de actividad que a

su criterio afecten a la sentencia como acto jurisdiccional, pues en caso contrario quedan convalidados. La finalidad, entonces, del recurso de nulidad, no se dirige a lograr la revisión de una sentencia que se considera injusta (error in indicando).

El pretenso vicio de forma- ausencia de fundamentación suficiente-no es tal, en tanto en la sentencia y más allá de su justeza, se ha dado cuenta de la norma legal que serviría de sustento al reclamo del actor.

El ordenamiento procesal vigente al contemplar al recurso de nulidad como subsumido en el de apelación, permite que los planteos del recurrente puedan en definitiva ser analizados en forma conjunta, pues resulta improcedente el recurso de nulidad por defectos de la sentencia, cuando los agravios, aun en el supuesto de ser fundados, pueden ser reparados por vía de la apelación concedida, evidenciando mediante una crítica concreta y razonada cuales son los yerros en los que incurrió el magistrado de grado. Por lo brevemente expuesto, la nulidad de la sentencia impetrada en el primer agravio debe desestimarse.

2.2) El segundo agravio está dirigido a cuestionar la decisión de grado que justificó la ruptura del vínculo laboral por despido indirecto en la que se colocó el Sr. P..

No acierta el recurrente al afirmar que el juez hace una apreciación falaz y contraria a los hechos acaecidos respecto de la metodología y actitud esgrimida por la demandada.

Para sostener su queja, reitera la posición de la empresa demandada y su metodología para calcular el SAC; que en la sentencia no se consideró el convenio celebrado por la empresa y que fuera homologado por el Ministerio de Trabajo de la Nación como que tampoco fue tenida en cuenta la especial característica de la actividad económica pesquera y que no se

hizo un cuadro comparativo previo a decidir la forma cómo debe liquidarse el SAC al personal embarcado.

No se comparte la queja.

Los argumentos sentenciales contienen el tratamiento de la cuestión y allí se dijo *"Sentado ello abordaré la cuestión ateniente al cálculo del Sueldo Anual Complementario, disiento con la postura de la accionada que interpreta que no resulta aplicable la Ley 23.043 su decreto reglamentario ni la última modificación al artículo 122 de la LCT (Ley 27.073 B.O. 20/01/15). Sus argumentos no son viables en atención a la declaración de orden público de las prescripciones contenidas en la ley y la derogación de todas las disposiciones que se opongan a la misma (art. 2). Señala la accionada que por la especial característica de la actividad pesquera se justifica una interpretación y aplicación distinta de la que surge expresamente en la ley. Que así lo hizo el Ministerio de Trabajo a través de diversos dictámenes. Que ha liquidado el SAC conforme la autorización del Ministerio, es decir la doceava parte de todas las remuneraciones del año. Alega que I. y el SOMU celebraron un acuerdo el cual fue homologado en fecha 15/11/2015 por el Ministerio de Trabajo y luego ratificado por las partes firmantes el 06/11/2015. Sin embargo, lo cierto y concreto es que la ley dispone una forma clara y terminante de liquidar el S.A.C., que no admite interpretaciones diversas y que por más facultades que el decreto reglamentario otorgue al Ministerio de Trabajo, obvio resulta que no llegarán a poder modificar el texto de la ley"*. En apoyo de su posición cita a la CSJN que refiere a que las leyes deben interpretarse conforme el sentido propio de las palabras *"Siendo que la primera fuente de interpretación es su letra, sin que sea admisible una inteligencia que equivalga a prescindir de ésta, pues la exégesis de la norma debe practicarse sin violencia de su texto o de su espíritu (Fallos 307:928) … Es al a luz de estos principios que no puede admitirse la postura de la demandada que consiste básicamente en fijar distingos que la ley no fija, realizando una aplicación*

analógica de institutos que participan de naturaleza distinta. Ello lleva fatalmente a prescindir del texto legal mediante la indebida realización de consideraciones que exceden las circunstancias expresamente contempladas por la norma que, al no exigir esfuerzo de interpretación debe ser directamente aplicada (conf. Fallos: 218:56, 299:167, 311:1042) …". (v. fs. 231 vta. /232).

No advierto que este argumento medular de la sentencia haya sido refutado por la recurrente y en consecuencia este aspecto de la queja es desierto (art 269 del CPCC)

Tampoco es crítica concreta y razonada alegar que I. no actuó de mala fe al liquidar el SAC ni se advierte la trascendencia como argumentación recursiva indicar que *"liquidó y pagó el SAC por lo que se reclamaban únicamente olvidó el sentenciante supuestas diferencias".*

Indico aquí, que por SIL N°46/19 SIL se denegó por inadmisible el replanteo de prueba informativa al que el recurrente reprocha como error judicial.

En cuanto a los demás aspectos de la queja contenida en este segundo agravio vale recordar que la valoración de la importancia y de la aptitud de la injuria laboral para disolver el vínculo queda reservada a los jueces, facultad que se ejerce prudencialmente teniendo en cuenta las modalidades de la relación, las circunstancias personales que se dan en cada caso y los parámetros de causalidad, proporcionalidad y oportunidad.

Desde esa perspectiva, debo señalar que el precedente "Brea" que cita no es de nuestra Cámara y "del Pardo" no responde a las mismas circunstancias fácticas que se han acreditado en este expediente, por lo que más allá de las reglas generales a las que refiere, no estamos en presencia de la figura de abuso del derecho, que habilitó se revocara la sentencia de grado dictada en esos autos (SDL N°77/12).

Dicho lo anterior, cierto es que el Sr. Juez -en definitiva- frente a las causales invocadas por el actor en el intercambio epistolar tuvo por acreditada (fs.233vta/234) la existencia de una cuantiosa deuda salarial reclamada en concepto de SAC, la particular y errónea forma de calcular el SAC y también la falta de respuesta en tiempo y forma a la segunda intimación del Sr. P. y consecuentemente, como causas con entidad suficiente para justificar el despido indirecto y habilitar el pago de las indemnizaciones.

El apelante no ha logrado en esta instancia, rebatir los sólidos fundamentos expuestos por el Sr. Juez, desarrollando su disconformidad con base en la reiteración de los términos de su contestación de demanda y sin introducir argumentos superadores y con eficacia para impugnar lo resuelto, por lo que voy a concluir que la queja en los términos que ha sido formulada, debe desestimarse.

2.3) En el tercer agravio se queja de la antigüedad que se reconoce en la sentencia al Sr. P. para el cálculo indemnizatorio.

No aceptaré la queja del recurrente ni en sus términos ni en el cálculo que procura imponer prescindiendo del que asume al contestar demanda.

Efectivamente, a fs. 141 señaló que el período trabajado fue de 3 años y 3 meses, lo que se contrapone con el reclamo de computar la antigüedad conforme lo informado por el perito (art 18 LCT).

Por su lado, no logra refutar que si el despido operó el día 12 de setiembre de 2017, la antigüedad calculada en 3 años, 3 meses y 12 días, se ajusta a la realidad de los hechos probados en el expediente. Consecuentemente con ello y la disposición expresa del art. 245 de la LCT- superada la fracción-, la antigüedad que debe computarse para indemnizar la antigüedad es de 4 años.

Por lo expuesto, el agravio debe desestimarse.

2.4) a) En el primer aspecto del cuarto agravio se queja de la composición de la base utilizada para el cálculo de la indemnización por despido.

El informe pericial contable obra a fs.168/185, fue debidamente sustanciado con las partes sin que mereciera impugnaciones por las partes y es la base que utiliza el magistrado de grado para el cálculo indemnizatorio.

La sentencia toma como mejor remuneración mensual devengada la que informa el Cr. C. en su informe y que corresponde al mes de junio de 2017 por la suma de $ 144.575,91.

La recurrente estructura su agravio sobre una premisa inaudible en esta instancia, cual es cuestionar ese monto restando valor probatorio a la prueba pericial.

Sabido es que si bien la pericial carece del carácter de prueba legal y autoriza a los jueces a formar su convicción con el apoyo de otros elementos probatorios, las reglas de juzgamiento enunciadas por los arts. 390 y 481 del CPCC, les señalan una valla, pues deberán aducir razones de entidad suficiente para apartarse de las conclusiones; razones muy fundadas para desvirtuarlo, pues el conocimiento del perito es ajeno, en principio, al hombre de derecho.

En este lineamiento los jueces para apartarse de la opinión del experto, deben fundar su discrepancia en elementos de juicio que permitan

desvirtuar el informe, concluyendo en el error o el inadecuado uso que el perito hubiere hecho de los conocimientos científicos que por su profesión o título habilitante ha de suponérselo dotado. *"… la libertad con que cuentan los jueces para apreciar el dictamen pericial y apartarse de sus conclusiones no implica reconocer a aquéllos una absoluta discrecionalidad. Si bien, por un lado, por categórico y unánime que sea el dictamen carece de valor vinculatorio para el*

órgano judicial, el apartamiento de las conclusiones establecidas en aquél debe encontrar apoyo en razones serias, es decir, en fundamentos objetivamente demostrativos de que la opinión de los expertos se halla reñida con principios lógicos o máximas de experiencia, o de que existen en el proceso elementos probatorios de mayor eficacia para provocar la convicción acerca de la verdad de los hechos controvertidos. Por otro lado, cuando el peritaje aparece fundado en principios técnicos inobjetables y no existe otra prueba que lo desvirtúe, la sana crítica aconseja, frente a la imposibilidad de oponer argumentos científicos de mayor valor, aceptar las conclusiones de aquél" (Palacio Lino E., "Derecho Procesal Civil", T.IV, pág.572 y sus citas Abeledo Perrot, 4ta Ed. 2011).

Es de toda evidencia que el magistrado no encontró razones de mérito para apartarse del informe pericial y tampoco las enunció la parte apelante en el tiempo que le marca la norma procesal y eso es lo que la recurrente ha sesgado en su argumento.

Las partes pueden impugnar, total o parcialmente, el dictamen pericial en dos oportunidades expresamente señaladas por el artículo 477 del CPCC. La primera, dentro del quinto día de correrse el respectivo traslado de la pericia, y a continuación, si no lo han hecho en ese lapso, en la oportunidad de alegar de bien probado.

Con posterioridad a esos momentos previstos por la ley para presentar impugnaciones o pedidos de explicaciones u observaciones a las explicaciones que diere el perito, habrá precluido la facultad para hacerlo.

En autos no medió observación o impugnación alguna y luego la parte no alegó de bien probado por lo cual y con base en el principio de autorresponsabilidad de las partes en la defensa de sus intereses, no puede intentar hacerlo en la Alzada.

De modo que por mayor vehemencia que se procura para descalificar el dictamen del perito oficial, el agravio debe rechazarse.

b) Por su lado, y al final del agravio plantea subsidiariamente la aplicación al caso de la doctrina Vizzoti.

El CCT 370/71 y sobre la indemnización, no menciona ningún tope o escala salarial sino que directamente obliga a las partes a remitirse al sistema de la ley 20744, en el caso el art. 245 del citado cuerpo legal.

La demandada al tiempo de contestar la demanda, ninguna referencia hizo a la existencia de topes indemnizatorios ni que debiera en el caso concreto aplicarse la doctrina Vizzoti. Es más, a la par de cuestionar el despido indirecto impugnó la base de cálculo sin indicar cuál debía serlo y señaló la improcedencia del reclamo por el art. 245 de la LCT, por lo que el planteo que incorpora en esta instancia no puede ser tratado a riesgo de violar la manda del art. 280 del CPCC.

2.5) El quinto agravio refiere a que el adicional por rescisión es improcedente y que, a todo evento, media un error aritmético pues de aceptarse su pertinencia el importe de condena debería ser el que corresponde al mes de agosto de 2017.

El adicional por rescisión previsto en el art. 12 del CCTN°370/71 refiere a un instituto que agrava la indemnización derivada de la rescisión contractual injustificada: *"Todo tripulante despedido sin justa causa…percibirá en concepto de adicional por rescisión del contrato de ajuste…"*, de modo que no le asiste razón al apelante cuando lo excluye para el caso de autos, donde se ha resuelto ajustado a derecho el despido indirecto en el que se colocó el actor.

Luego, el art. 12 del CCT Nº 370/71, revela claramente que la base de cálculo para liquidar el instituto cuyo pago se admite, es *"un mes de sueldo establecido en la respectiva convención colectiva"*, entendiendo por tal el salario integral constituido por el sueldo básico y los demás rubros que se

perciben en forma normal, regular y habitual; pero no el mejor como determina el art. 245 de la LCT ni la adopción del promedio de remuneraciones que pretende el actor en tanto ello no es contemplado por la norma que lo instituye.

Tal como informan las partes este adicional, aplica como la indemnización sustitutiva de preaviso que se paga al personal terrestre, por lo que asiste razón al apelante y no objetaría la parte actora, deberá tomarse como monto indemnizatorio el último salario percibido del mes de agosto/17 por la suma de $87.859,59. *"El denominado adicional por rescisión previsto en el art. 12 del CCT 370/71, opera como la indemnización sustitutiva de preaviso que se paga al personal terrestre por lo que para su determinación debe tomarse la remuneración próxima a la rescisión"*.(CNAT Sala VI, Expte. Nº 18.280/11 Sent. Def. Nº 65692 del 30/09/2013 "Alarcón Ricardo Javier c/Vieira A. SA s/despido". Base elDial.com - AL4304).

2.6) En el sexto agravio cuestiona que se haya reconocido en la sentencia el agravamiento indemnizatorio del art. 2 de la ley 25.323, su monto y que, de aplicarse, debía reducirse por la facultad que contiene la segunda parte del texto legal.

Ya he tenido oportunidad de expedirme sobre la cuestión al votar las causas "G. c/ P. A. S.A. s/ Cobro de Pesos-laboral (Expte. Nº 290 - Año 2011)" SDL Nº 06/12 y "T., S. G. C/ A. S.A. S/ Cobro de pesos - LABORAL - (Expte. Nº 109 Año 2012) SDL N°48/12 por lo que tratándose de idéntica cuestión, reitero aquí mis conclusiones.

El artículo 2° de la Ley 25.323 refiere al empleador, que fehacientemente intimado por el trabajador, no abonare en término las indemnizaciones previstas por los arts.- 232, 233 y 245 de la ley de contrato de trabajo y los arts. 6 y 7 de la ley 25.013, o las que en el futuro las reemplacen, obligándolo a iniciar acciones judiciales o cualquier instancia previa de

carácter obligatorio para percibirlas. En ese caso, la norma de referencia incrementa el monto de las indemnizaciones indicadas en principio en un 50%, salvo que hubieren existido causas que justifiquen la conducta del empleador, evaluadas por los jueces, los que podrán reducir prudencialmente el incremento hasta la eximición de su pago.

El Plenario Nº 326 del 9 de mayo de 2011 de la CNAT estableció por mayoría que "*El recargo previsto en el artículo 2 de la Ley 25.323 se aplica a las indemnizaciones previstas para los trabajadores marítimos, sujetos de relaciones reguladas por el Libro III del Código de Comercio y por la Ley 20.094*".

Las indemnizaciones previstas por los artículos indicados de las leyes 20.744 y 25.013 comprenden por el juego de ambas la indemnización sustitutiva del preaviso, la integración del mes de despido y la indemnización por antigüedad.

Las previstas para los trabajadores marítimos (arts. 9 y 12 del C.C.T. 370/71, al que se llega por la remisión del art. 55 del C.C.T. 307/99 (texto C.C.T. 356/03), determinan un monto indemnizatorio que se calcula en función del tiempo trabajado, más un adicional por rescisión del contrato de ajuste que podrá ser de uno o dos sueldos según la antigüedad del trabajador menor o mayor de 5 años.

"*Las particularidades de la prestación del trabajo a bordo tornan inaplicables las disposiciones de la LCT relativa al otorgamiento del preaviso: Es por ello que se estableció una indemnización sustitutiva del preaviso omitido que se denomina "adicional por rescisión" equivalente a uno o dos meses de sueldo según la antigüedad del tripulante*" (Simone, Ana, El trabajo de la gente de mar, en: Tratado de Derecho del Trabajo, dirigido por Mario E. Ackerman y coordinado por Diego M.- Tosca, Rubinzal – Culzoni Editores, Bs. As., 2006, Tomo V, pág. 288).

Para dar respuesta al agravio he de valerme del principio consagrado en el art. 9 de la LCT que autoriza la interpretación de la norma que resulta más favorable al individuo cuyo derecho se pretende tutelar y que genera menores restricciones, sosteniendo que el cálculo del agravamiento deberá calcularse sobre la indemnización por antigüedad más el adicional por rescisión. "*De acuerdo con el Fallo plenario Nº 326 en autos "Gauna, Edgardo Dionisio vs. Explotación Pesquera de la Patagonia S.A. s. Despido" el incremento indemnizatorio previsto en el art. 2, Ley 25323, se aplica a las indemnizaciones previstas para los trabajadores marítimos, sujetos de relaciones reguladas por el Libro III, Código de Comercio y por la Ley 20094. El incremento en cuestión debe calcularse sobre la indemnización por antigüedad más el adicional por rescisión*". (Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo Sala IV "Acosta, J. Ángel c/ Vieira A. S.A. s. Despido" 15/07/2011).

Por su lado, no encuentro elementos en la conducta desplegada por la empleadora que autoricen se la exima del pago del agravamiento indemnizatorio y los que insiste la justificaron, han sido descalificados en la sentencia de grado y tal como vengo desarrollando mi voto, será confirmada en el punto.

Concluyo, desestimando el agravio.

2.7. Para el séptimo agravio señala que lo agravia la imposición de la totalidad de las costas.

El agravio será rechazado.

En materia laboral, las normas procesales sobre costas deben interpretarse conforme a los principios esenciales del derecho del trabajo y en especial el protectorio del trabajador, de modo que si el trabajador se vio en la obligación de litigar para que se le reconozcan sus derechos, aunque la condena no alcance totalmente la suma pretendida, no por ello pierde el

demandado su carácter de objetivamente vencido y por lo tanto queda obligado a cargar con las costas, pues debe soportar las erogaciones que debió realizar su contraria para obtener el reconocimiento de su derecho.

La jurisprudencia ha señalado *"Las costas del proceso deben imponerse al demandado perdidoso, ya que el hecho objetivo de la derrota no sufre desmedro alguno porque el monto de condena sea inferior al reclamado en el escrito inicial, dado que la imposición de costas judiciales no constituye una cuestión matemática, sino que obedece a factores o elementos de juicio flexibles, en donde la apreciación judicial juega un rol preponderante."* (Benítez, Verónica Marcela vs. Avanzada en Odontología S.R.L. y otro s. Despido. CNA Trabajo Sala VII; 13-07-2007; BJCNAT; RC J 11593/07); *"Las costas deben ser soportadas por la demandada cuando la acción prospera por todos los rubros reclamados, aunque por sumas inferiores a las pretendidas. En la distribución de los gastos causídicos no debe prevalecer un criterio aritmético sino jurídico, atendiendo a la índole de las pretensiones de las partes y a los rubros que resultaron procedentes, de manera que si el actor resultó vencedor en el pleito deben imponerse en su totalidad a la demandada, aunque la demanda haya prosperado por una suma inferior a la reclamada."* (Espeche, Hipólito Armando vs. Dunlop A. S.A. s. Despido. CNAT Sala IV; 31-08-2010; BJ CNAT; RC J 17383/10)

3. Por todo lo expuesto, cierro mi voto expidiéndome por la modificación de la sentencia de grado en el monto condenado a pagar por el adicional por rescisión del contrato el que será de $ 87.859,59 (Pesos Ochenta y siete mil ochocientos cincuenta y nueve pesos con 59/100), con más los intereses que se fijaron en la sentencia desde que el importe es debido y hasta su efectivo pago y confirmándola en todo lo demás que decide y fue materia de agravios.

4. <u>Las costas.</u>

a) La modificación que se propone a la sentencia dictada no altera la condición de vencida de la demandada ni los honorarios allí determinados que se ajustarán al nuevo monto de condena (art 282 CPCC)

b) En cuanto a las costas en esta Alzada, las mismas deberán imponerse a la demandada vencida sustancialmente en el recurso (art. 69 CPCC).

Los honorarios propuestos por el Dr. H. E. F. se ajustan a la actividad cumplida por los letrados en cuanto a su mérito y resultado obtenido, sin perjuicio de los mínimos legales y con más el IVA si correspondiera (conf. arts. 5, 7,13 y concs. de la ley arancelaria).

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

<u>A LA SEGUNDA CUESTION</u>, el Sr. Juez de Cámara Dr. H. Enrique F., dijo:

De compartir mis distinguidos colegas integrantes de esta Excma. Cámara los fundamentos precedentemente expuestos, el pronunciamiento que corresponde dictar sería el siguiente:

1) **MODIFICAR** la sentencia en crisis en el monto condenado a pagar por el **"Adicional por Rescisión"**
2) **DISPONER** que el importe a abonar por la demandada por el **"Adicional por Rescisión"** asciende a la suma de **87.859,59.- (Ochenta y siete mil ochocientos cincuenta y nueve pesos con 59/100)**, con más los intereses fijados por la sentencia de primera instancia desde que este importe es adeudado hasta su efectiva cancelación.
3) **CONFIRMAR** la sentencia apelada en todo lo demás que ha sido materia de agravios.
4) **NO ADECUAR** las costas y honorarios de la primera instancia.

5) **IMPONER LAS COSTAS DE LA ALZADA** a la parte demandada (art. 69 CPCC), regulándose los honorarios del Dr. J. A. I., letrado apoderado de la parte actora, en el 30% de los que les correspondan por su labor en la instancia originaria y los del Dr. L. C. B., letrado apoderado de la parte demandada, en el 25% de los que les correspondan por su labor en la primera instancia, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 7 de la Ley Arancelaria y más el IVA de así corresponder (conf. arts. 5, 13, 38, 46 y concs. Ley XIII N° 4 y modificat.).

6) **REGISTRESE, NOTIFIQUESE** y oportunamente, **DEVUELVASE**.

A LA SEGUNDA CUESTION, 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. H. E. F..

Así lo voto.

Con lo que se dio por terminado el acuerdo, dejándose constancia que el Dr. Julián Emil Jalil no emitió opinión por haberse formado a mayoría (arts. 7 y 8 de la Ley V N° 17), pasándose a dictar sentencia.

Puerto Madryn, de marzo de 2020.

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) **MODIFICAR** la sentencia en crisis en el monto condenado a pagar por el **"Adicional por Rescisión"**

2) **DISPONER** que el importe a abonar por la demandada por el **"Adicional por Rescisión"** asciende a la suma de **87.859,59.- (Ochenta y**

siete mil ochocientos cincuenta y nueve pesos con 59/100), con más los intereses fijados por la sentencia de primera instancia desde que este importe es adeudado hasta su efectiva cancelación.

3) **CONFIRMAR** la sentencia apelada en todo lo demás que ha sido materia de agravios.

4) **NO ADECUAR** las costas y honorarios de la primera instancia.

5) **IMPONER LAS COSTAS DE LA ALZADA** a la parte demandada (art. 69 CPCC), regulándose los honorarios del Dr. J. A. I., letrado apoderado de la parte actora, en el 30% de los que les correspondan por su labor en la instancia originaria y los del Dr. L. C. B., letrado apoderado de la parte demandada, en el 25% de los que les correspondan por su labor en la primera instancia, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 7 de la Ley Arancelaria y más el IVA de así corresponder (conf. arts. 5, 13, 38, 46 y concs. Ley XIII N° 4 y modificat.).

6) **REGISTRESE, NOTIFIQUESE** y oportunamente, **DEVUELVASE**.

REGISTRADA BAJO EL N° /20.SDL. CONSTE