En la ciudad de Comodoro Rivadavia, Provincia del Chubut, a los días del mes de julio del año dos mil once, reunida en Acuerdo la **Sala A** de la Cámara de Apelaciones de la Circunscripción Judicial con asiento en la ciudad de Comodoro Rivadavia, con la presidencia de su titular Dr. Julio Antonio Alexandre y asistencia de los señores Jueces de Cámara Dra. Silvia Noemí Alonso y Dr. Fernando Nahuelanca, para dictar sentencia definitiva en estos autos caratulados: **"S., M. A. c/ A. S.A. S/DEMANDA LABORAL /Indemnizaciones)", expte. nro. 248 año 2011,** venidos del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Laboral nro. 1 (expte. nro. 3660/2006), y atento al resultado del sorteo establecido en el art. 271 del Código de Procedimientos Civil y Comercial (fs. 389), correspondió el siguiente orden para la votación: Dra. Silvia Noemí ALONSO, Dr. Julio Antonio ALEXANDRE y Dr. Fernando NAHUELANCA.-

Acto seguido se resolvió plantear y votar por su orden las siguientes cuestiones: **PRIMERA**: ¿Es justa la sentencia recurrida de fs. 359/365? y **SEGUNDA**: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la primera cuestión la Dra. Silvia Noemí Alonso, dijo:

1.- El fallo apelado y los agravios.

La jueza de grado hizo lugar a la demanda interpuesta por el Sr. M. A. S. y condenó a A. S.A. a abonar al actor la suma de pesos ochenta y tres mil ciento ochenta y dos con más los intereses legales; impuso las costas a la demandada vencida y reguló los honorarios profesionales.

A. S.A. apeló la sentencia a fs. 369, el recurso fue concedido a fs. 370, fundado a fs. 371/376 y los agravios contestados a fs. 378/380.

La recurrente expresó tres agravios, impugnó la regulación de honorarios por alta e hizo reserva del caso federal.

Mediante el primer agravio se sostiene que las valoraciones de la jueza en su conjunto están viciadas porque no se ha tenido en cuenta el carácter de tripulante embarcado y por consiguiente “sujeto en primer lugar a las normas del Código de Comercio, la Ley Nacional de

Navegación 20094 y el Decreto 4516/74…” (sic). A renglón seguido, agrega que existe prueba concreta del abandono de servicio y la violación del deber de dar aviso de enfermedad. Funda tal deber en las previsiones del artículo 209 de la LCT. Insiste en la configuración de un supuesto de deserción.

En el segundo agravio se cuestiona la falta de proporcionalidad que la jueza atribuye al incumplimiento del demandado. Califica la interpretación, por si misma, como benévola y agrega que no se ha tenido en cuenta que en el año 2003 ya había sido sancionado por la misma causal. Invoca doctrina acerca del alcance de las previsiones del artículo 242 de la LCT.

El tercer agravio versa sobre la mala fe del empleado; concretamente se refiere al contexto en el que sucedieron los hechos. Insiste en la deserción del tripulante y hace hincapié en la anterior suspensión de 18 días por el mismo hecho. Con base en tales consideraciones sostiene que el silencio prestado por el trabajador por diez días y el hecho de hacerse atender a 2000 kms. del lugar de desembarco son claramente demostrativos de su sinrazón.

El contenido del último agravio se vincula a la regulación de honorarios que, en su conjunto, es impugnada por alta.

Finalmente, la recurrente hace reserva del caso federal pide la revocación del fallo.

La parte actora contestó el traslado de los agravios, solicitando su rechazo. Básicamente arguyó la posición de debilidad del trabajador; que es la patronal quien debe acreditar las circunstancias invocadas en la comunicación de despido y que el empleado probó las razones de salud que le impidieron la prestación del servicio.

1.-Tratamiento de los agravios.

En primer lugar, corresponde señalar que las previsiones de la LCT son aplicables al caso. El principio rector es la aplicabilidad de sus disposiciones a todos los trabajadores no excluidos expresamente (López, Justo La L.C.T. y los estatutos especiales, Revista Legislación del Trabajo,

t. XXX, p.) y la gente de mar no ha sido expresamente excluida del ámbito de aplicación de la L.C.T.. Por supuesto esta conclusión no implica desconocer que la aplicación del régimen general esta condicionado a que sus disposiciones sean compatibles con la naturaleza y modalidades de la actividad y con el específico régimen jurídico a que se halle sujeta (cfr. Simeone, Ana El trabajo de la gente de mar, en Tratado de Derecho del Trabajo, T IV, Ackerman, Mario director, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2006, p. 288).

En tal orden de ideas, es dable señalar que el artículo 242 de LCT prevé la injuria como causa de extinción del vínculo contractual, tal norma es de aplicación al caso que nos ocupa pero teniendo presente que el régimen especial (arts. 991 y 1000 del Código de Comercio) lo complementa, especificando causales concretas de injuria. Así es imposible soslayar que el art. 991, entre las que describe expresamente prevé: El no presentarse a bordo en la fecha y hora señalada para comenzar sus servicios (inciso 5°).

Ahora bien, estas previsiones no eximen a la demandada de acreditar el hecho injuriante. Sabido es que cada litigante debe acreditar los hechos y las circunstancias en los cuales apoya su defensa(Palacio, Lino E Tratado de Derecho Procesal Civil, Bs. As., Abeledo Perrot, 1972, T I-C, p. 368),

El hecho injuriante se pretende probar mediante la constancia de desembarco de oficio –exposición DESE N° 05/04- que en copia auténtica obra a fs. 288 de los presentes.

Ahora bien, la mentada constancia es insuficiente para acreditar las circunstancias fácticas controvertidas. En efecto, no es posible soslayar que tanto la doctrina como la jurisprudencia local y nacional han determinado, en forma unánime y pacífica, que el embarco y el desembarco son actos de carácter administrativo que fijan la situación de revista de la persona a bordo de los buques pero no afecta el comienzo ni el fin del vínculo laboral (cfr. Austerlic, Abraham De la relación laboral del personal embarcado y su nexo con los embarcos y

desembarco. La remuneración computable a los fines de la indemnización por despido, DT t XXXIV, p. 174; Ray, José Domingo Derecho de la navegación, tomo II, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1994, p. 110; ídem Simeone, Ana ob. cit; Cámara de Apelaciones de Trelew, Sala B, 28/4/2010, M.C.A. c/ H.S.A s/ cobro de pesos –Ficha 9543; Cámara de Apelaciones de Puerto Madryn, 2/7/2010, P.V.L.0D.C. c/ P.S.I. S.A. s/ cobro de pesos laboral Ficha 9243; CNT, Sala VI, 29/12/77, B., A. de M. c/ N. S.A., TySS, I, p.121; Sala IV, D. c/ C. TySS 1985-44; Sala I, 30/7/86, B. P. A. c/ A. Río de la Plata", Sala III, 15/9/87 M. D. c/ U. SA; Sala X 28/10/1999, F., L. J. c/ S. S.A. s/ despido, el dialAA41B)

En dicho contexto, es dable señalar que la empleadora, frente a la impugnación del actor exteriorizada al contestar la comunicación extintiva, estaba en condiciones de aportar otras pruebas que corroboraran las manifestaciones del patrón de pesca del buque pesquero A. ***.

En cambio, el actor alegó y probó, mediante prueba documental debidamente reconocida y testimoniales –fs. 257 y 269/270- la afectación de su salud por enfermedad que lo imposibilitaba laborar al momento de ser despedido. Sostuvo, además, que dio debido aviso de tal situación, precisando a qué dependiente cursó la novedad su vez –fs. 27-. Esta afirmación del actor no fue rebatida en ningún momento.

Huelga señalar que el empleador podría haber puesto en crisis el cumplimiento de la carga de informar que el trabajador ha sostenido cumplida; sin embargo ninguna prueba produjo en tal sentido. En tal orden de ideas, señalo que, al contestar la demanda, se ofreció como prueba testimonial la declaración de tres testigos domiciliados en esta ciudad y otro de extraña jurisdicción, concretamente la del Sr. R. que fue la persona que se presentó, en su calidad de patrón de pesca, a registrar el desembarco de oficio. A fs. 317, por falta de notificación a los testigos S. M. y R., se tuvo a la demandada por desistida de esa prueba. A fs. 320, previa intimación efectuada a fs. 317 se la tuvo por desistida de la testimonial en extraña jurisdicción.

Por supuesto, esta conducta procesal no puede pasar desapercibida porque, sabido es, el empleador se encuentra en condiciones técnicas, profesionales y fácticas óptimas para acreditar extremos relevantes en orden a la cuestión debatida, por ejemplo el diagrama de las guardias.

En definitiva, la valoración en conjunto de las circunstancias comprobadas de la causa permite concluir que la empresa no acreditó el incumplimiento del tripulante que dio motivo a la extinción del despido.

La falta de comprobación del hecho injuriante determina la improcedencia de los restantes agravios vinculados exclusivamente a la justificación del despido.

Los montos de condena no han merecido impugnación, por tal razón este tribunal está impedido –por razones funcionales- de abordar su revisión.

La impugnación de los honorarios por altos tampoco prosperará. Las previsiones del artículo 505 del C.C. derogan los regímenes arancelarios locales. La regulación de honorarios debe ser efectuada tomando como base las pautas legales contenidas en el régimen arancelario provincial y asi se ha procedido. El prorrateo previsto en la norma de fondo no se expande a la regulación porque es un instituto de naturaleza distinta y nos remite a un momento procesal distinto al que nos ocupa.

Por las razones expuestas, propongo el rechazo del recurso.

Costas y honorarios

Las costas de esta instancia se imponen a la demandada vencida.

Los honorarios se regulan de conformidad con las pautas generales contenidas en el artículo 5 de la ley arancelaria y por aplicación de la escala específica del artículo 13 del mismo ordenamiento. En función de lo expuesto se regulan, a cada representación letrada en el 30% de los que le correspondan por su labor en primera instancia.

A la segunda cuestión la Dra. Silvia Noemi Alonso dijo:

1. Rechazar el recurso de apelación interpuesto por la demandada a fs. 369 y confirmar, en consecuencia, la sentencia de primera instancia obrante fs. 359/365, en lo que fue motivo de agravio.

2. Costas de esta instancia a la demandada.

3. Regular los honorarios profesionales del modo propuesto.

4. Regístrese, notifíquese, devuélvase.

A la primera cuestión el Dr. Julio Antonio Alexandre dijo:

Que tal como bien señala la distinguida colega que me precede en el sorteo de la presente causa, la sentencia de fs. 359/365 resultó impugnada por la demandada a tenor del informe de fs. 371/376 objetado a fs. 378/380 por su oponente, todo conforme planilla de elevación de fs. 386. Refirió a continuación en cuanto al contenido de tales pretensiones lo que evita su mera reiteración y me permite entrar de lleno en el debate de las cuestiones que mantienen abierto el debate.

Tras valorar los argumentos y prueba adquirida, todo dentro del marco jurisdiccional al que habilita la queja, no se advierte la claridad esperada de obrarse a la luz de principios que ordenan los arts. 62 y 63 LCT y 1198 CCiv. Esto es, confrontando las aseveraciones formuladas en los diversas presentaciones con la prueba adquirida y sobre la cual fundan sus pretensiones. Vale en tal sentido recordar que tales pautas no funcionan en una sola dirección sino que alcanzan a ambas partes de la relación, ya que si bien la naturaleza jurídica del contrato laboral es distinta a la que regla el código civil, no por eso deja de ser aplicable el principio introducido por la reforma de 1968 al art. 1198 CCiv., según el cual los contratos deben ejecutarse de buena fe y de acuerdo con lo que las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión(ver v. gr. SCBA diciembre 5-1973, TySS 1973/74-512).

A propósito de lo afirmado se ha dicho que este principio debe ser analizado con relación a las dos partes del contrato de

trabajo pues lo involucra a ambas en razón de ser imprescindible no solo para la correcta vigencia del contrato, sino además es requisito primario para la convivencia en sociedad en forma ordenada y en paz y en resguardo de la vocación de permanencia que posee como algo ínsito, tal contrato(ver entre otros CNTrab., sala VIII, septiembre 30-1982, TySS 1983-488), además que: “ El principio de buena fe no sólo es aplicable a la relación jurídica que mediara entre las partes, sino también al proceso en el que se ventila la controversia entre sus integrantes, con la finalidad de preservar la seguridad jurídica”(ver v. gr. CNTrab., sala II, diciembre 23-1993, TySS 1995-530).

Al desgranar mi opinión se podrá advertir a que refiero con tal prólogo.

Veamos, no existe, en principio discrepancia, en cuanto al hecho denunciado por la accionada y que motivó por parte de la patronal y en ejercicio de las facultades disciplinarias previstas en el art. 67 LCT. el desvínculo laboral, traducido en los hechos iniciales mediante el “desembarco de oficio” conforme da cuenta el acta labrada en la Prefectura de Puerto Deseado, ocurrido con fecha 23/01/2004 y comunicado mediante CD ********* AR obrante a fs. 23.

La causa: no presentarse a tomar servicios de guardia en el buque F., calificándolo la demandada, como de grave incumplimiento, encuadrando tal conducta en el art. 991 inc. 1° LN.

El rechazo de tal ruptura (CD de fs. 27), niega que tuviera que presentarse a prestar servicios de guardia sino que lo era para cumplir el horario de rutina del mantenimiento del buque. Esto es, la discrepancia no pone en cuestión su obligación de prestar servicios el día indicado como tampoco que lo hizo.

Sí resulta trascendente, a los fines de la presente, la prueba de la justificación alegada al incumplimiento confesado, esto es, si en realidad comunicó al contramaestre de cubierta Sr. R. P. que se encontraba enfermo –infección molar-, mas la falta de asistencia o derivación lo que implica revertir la causal de despido invocada por la

patronal en injustificada y por tal el deber de resarcirlo con mas las diferencias salariales impagas que detalla.

Negado en todos sus términos tal respuesta y pretensión de la actora, por parte de la patronal (fs. 28), ratificando su intimación inicial, el accionante no tan sólo insiste en su postura defensiva sino que abundando en el tema manifiesta que ese día (23/01/2004) *“hallándome a bordo, me vi impedido de prestar servicios por padecer una infección molar e intensos dolores que me impedían toda actividad, mucho menos bajar del buque y acudir a un odontólogo particular, siendo bajo esas circunstancias obligación de Uds. Atender la emergencia...”.* Lo manifestado en tal comunicación es ratificado mediante CD que obra a fs. 30 y en la escueta relación de hechos formulada en su demanda de fs. 50/51vta. p. III-3.

Curiosamente, mediante conducta que pone de manifiesto contradicción, amplía demanda (fs. 58/58vta.) a efectos de dar certeza a su defensa y agravio por insolidaridad patronal, ofrece prueba documental –certificado médico- y la testimonial del otorgante a efectos de darle autenticidad a lo allí diagnosticado. Basta su simple lectura advertir la grave discordancia que ofrecen tales hechos. Lo llamativo es que tampoco la a quo no se haya detenido ante tan insólita circunstancia y que de ningún modo fuera salvada o justificada a la hora de los alegatos. Ocurre todo lo contrario allí en el capitulo II, se pretende dar certeza a lo aseverado en las comunicaciones del accionante y en el capitulo III se intenta reforzar en base las pruebas aportadas en la ampliación como si resultaran concordantes, cuando sí lo podría haber sido si no fuera por la manifiesta e insuperable contradicción temporo-espacial. Salvo facultades paranormales, no alegadas ni evidentemente presumibles, pudo el reclamante encontrarse el mismo día en dos lugares tan lejanos. En realidad, ha podido acreditar sin mayor esfuerzo ni contradicción de su oponente que el día 23 de enero de 2004, en la Terminal de Omnibus de la ciudad de Concepción del Uruguay de la Provincia de Entre Ríos, viniendo del sur, encuentra al Sr. P. A. N. haciéndolo notar que padecía

de una inflamación en el lado derecho de su cara y por tal motivo iba de inmediato a visitar a un dentista ya que no soportaba el dolor (ver fs. 258). Y, efectivamente, a fs. 270, obra declaración, no impugnada, del odontólogo M. Á. D., reconociendo haber atendido en su consultorio al reclamante y autenticando los certificados de fs. 268 y 269, allí extendidos. Obviamente no en la ciudad de Puerto Deseado de la Provincia de Santa Cruz, lugar sí en el que se consignó el “desembarco de oficio” (fs. 225/226).

Tal conclusión justifica la falta de interés por parte del accionante en probar la comunicación de su mal al contramaestre de cubierta R. P., tal como había aseverado en su comunicación de fs. 27.(ver ofrecimiento de prueba de fs. 51/51vta. y la propuesta en su ampliación de demanda.

La prueba adquirida permiten justificar las razones de la accionada para producir la ruptura del vínculo de conformidad a lo comunicado el accionante por CD obrante a fs. 26. Al momento de requerírsele la prestación de tareas se encontraba ausente y sin aviso alguno del lugar de trabajo configurando, sin duda alguna, la situación prevista por el art. 991 inc. 5° de la Ley 20.094.

Aclaro que la doctrina ius laboral acepta sin fisuras que las reglas generales de la carga de la prueba no resultan alteradas en el marco del procedimiento laboral. La jurisprudencia, mayoritariamente, se encolumna tras la misma afirmación. De ello se sigue, entonces, que a cada parte corresponderá probar los presupuestos de hecho de la posición que sustenta en el caso de que fuere controvertida sin perjuicio, claro está, de las presunciones que -como consecuencia del principio de igualdad por compensación- se establecen a favor del trabajador en la ley, los estatutos profesionales e, incluso, en las convenciones colectivas de trabajo. O dicho de otra manera, la parte actora deberá probar los hechos invocados en su escrito introductorio de la instancia, cuyo reconocimiento pretende por vía jurisdiccional y que fueran expresamente negados por la demandada; de su parte, la demandada deberá acreditar los elementos

impeditivos o extintivos de la posición que sustenta y que fuera asumida en su defensa.

Y ni aún las actuales reformas al art. 9 LCT. inciden de alguna manera en beneficio del accionante al que además cabe el severo reproche por su desleal actitud (ver en cuanto al tema “El 'in dubio pro operario' aplicado a las reglas del proceso laboral. La valoración de la prueba. La tensión entre igualdad formal y real” por Vitantonio, Nicolás J. R., de fecha: 17-feb-2011, publicado en microjuirs.com; Cita: MJ-DOC-5200-AR | MJD5200).

Por si no bastara, tampoco existió concordancia entre los rubros reclamados en la intimación por TCL ******** de fs. 27 y la liquidación inicial de fs. 50vta. lo que también insidió en la seriedad del reclamo. Así, propongo al acuerdo hacer lugar a la apelación articulada por la demandada y en consecuencia desestimar la demanda en todas sus partes con costas en ambas instancias a la vencida y difiriendo la regulación de honorarios al momento del acuerdo en el que se tendrán en cuanta las pautas de la ley XIII-N°4.

A la segunda cuestión el Dr. Alexandre dijo:

Hacer lugar a la apelación articulada por la demandada y en consecuencia, conforme los considerandos pertinentes revocar el fallo de fs. 359/365 desestimando la demanda en todas sus partes e imponiendo las costas de ambas instancias a la vencida y difiriendo la regulación de honorarios al momento del acuerdo.

A la primera cuestión el Dr. Fernando Nahuelanca, dijo:

La sentencia de fs.359/365, hace lugar a la demanda y condena a la parte demandada A. SA, a pagar en 10 días a la parte actora M. A. S., la suma de $ 83.182, con los complementos que señala e impone las costas a la demandada. Regula honorarios de los profesionales intervinientes.

A fs.369 apela bajo apoderamiento letrado la parte demandada y el recurso se concede a fs.370.

En los agravios (fs.371/376), se alude a la consideración del Juez, que "…no se alega abandono de trabajo del empleado sino no haberse presentado el trabajador a cumplir una guardia el día 23 de enero de 2004, con lo que resulta error interpretativo del fallo que se ha tratado al operario solo regido por la ley de contrato de trabajo, sin tomar en cuenta que se trataba de un tripulante embarcado" y en consecuencia en primer lugar a las normas del Código de Comercio, la Ley de Navegación 20094 y el Dec.4516/74 y con ello, la conclusión que no se acredita que el actor incurriera en una falta injustificada en la prestación de sus servicios.

En la propuesta de la recurrente de probar la injuria, expone como error interpretativo del fallo, que en efecto el actor era tripulante embarcado en los términos del art.107 L.N. y reconocido en la demanda que debía cumplir el horario de rutina de 8 12 y de 14,30 a 18,30, reconocimiento extendido al haber intervenido en su desembarco la Prefectura Naval Argentina de Puerto Deseado y tratarse de personal enrolado. Con lo que concluye que "si se le dio permiso para bajar del buque cuando menos debía regresar en un plazo de 24 horas (art.991 inc.6 Cód. de Comercio)", pero jamás trasladarse a una ciudad que se encuentra a 2000 kms. del puerto de tránsito. Critica que el fallo solo analiza el caso bajo la ley de contrato de trabajo, olvidando que se trataba de un marinero embarcado y en consecuencia que "…en dicha fecha el actor se encontraba afectado por una infección dentaria que le impedía al mismo realizar su actividad laboral…". Contrapone que en ningún momento el operario cumplió con al obligación de dar aviso (cita el art.209 L.C.T. Sostiene que el fallo se aparta de las reglas de la lógica y pasa por encima no solo las obligaciones del régimen legal general sino también las específicas del sistema normativo de la marinería. Destaca que debe tenerse en consideración la especialidad del trabajo marítimo, pues no es lo mismo la ausencia de un operario cualquiera y de lo que ocurra en este ámbito. Reitera que la gravedad se constituye un verdadero caso de deserción, se ausenta a más de 2000 kms. para hacerse atender de una

supuesta dolencia que podía ser atendida en Puerto Deseado, cuestión que su parte nunca pudo controlar (art.210 L.C.T.). Cita conceptos de doctrina y fallo de jurisprudencia..*En el tercer agravio* sostiene la existencia de mala fe del empleado al mantener un silencio de 10 días después de la notificación del despido. *Cuarto agravio.* Apela los honorarios regulados y reserva el caso federal.

A fs.378/380vta. la actora contesta los agravios.

En el primer objetivo del fallo para establecer si se ha configurado o no la justa causa de despido entiende de aplicación el art.243 L.C.T., señala sus exigencias, la invariabilidad de la causal invocada y el intercambio cartular de las partes (fs.360/361vta.).

Destaca la sentencia que el despido se funda en no presentarse M. A. S. a tomar servicios de guardia en el Buque F., el 23 de enero de 2004, lo que motiva que el oficial de guardia del buque disponqa el desembarco de oficio mediante exposición labrada ante la prefectura de Puerto Deseado, agregando como agravante sanción anterior de fecha 18/12/2003, de 18 días de suspensión por sanción análoga.

Frente a la evaluación pertinente, considera la sentencia que el actor desempeñaba tareas para la demandada desde el 22 de marzo de 1994, que el 23 de enero aludido se encontraba cumpliendo funciones y el mismo día es desembarcado de oficio a las 11 horas, encontrándose el actor afectado de una infección dentaria y que durante 10 años en que el actor prestara servicios para la demandada solo surge un posible incumplimiento que da lugar al desembarco de oficio efectuada el 20/11/2003. Considerando entonces que la sanción es solo por no haberse presentado a cumplir la guardia que la inasistencia no fuera injustificada (recepta la realidad de la dolencia dental), la falta de sanciones durante largo lapso, estima que la causal no posee aptitud suficiente para justificar la decisión del despido, tanto tampoco considera una injuria que impida la prosecución del vínculo.

El caso planteado tiene a mi juicio una notable falencias del hecho injuriante y el resultado de la prueba, carga de la empleadora que lo invoca.

Tanto como lo pretende esta parte que -- debía tenerse a buen recaudo interpretativo el carácter de personal embarcado y sujetos a las normas del Cód.de Comercio y el Dec.4516/74, la demandada debió conducirse con el mismo nivel normativo.

Ya en principio, se detecta la inseguridad de la causal que se invoca, la no presentación al servicio de guardia al Buque “F.”, en tanto en el desembarco de oficio ante la Prefectura Naval Argentina actuada por el Primer Oficial de Pesca se refiere al Buque Pesquero “A. **”. En consecuencia, la denunciada inconcurrencia al servicio de guardia el día 23/01/04 ya no es dable determinar en que buque se habría verificado y al cual se debía S. como personal embarcado. Tampoco se documenta el diagrama del servicio de guardia que tenía asignado para dicho día 23/01/04, ya que S. respondió por carta documento que no se encontraba afectado como personal de guardia en esa fecha sino al servicio de rutina de 8 a 12 horas y de 14,30 a 18,30, pero que además informó al contramaestre de cubierta R. P., que se encontraba enfermo con infección de muela, sin recibir la asistencia de enfermería o médico correspondiente.

Refiriéndose a personal habilitado y del rol de la tripulación, debió documentar en juicio la afectación y que tal guardia tenía prevista el tripulante para la fecha señalada. La carga por falta de aviso de la inasistencia por parte del tripulante S. en forma fehaciente (fs.88), se parangona con la falta de prueba fehaciente que el servicio del día 23/1/2004 era el de guardia y la pertinente anotación de inasistencia del libro del buque. En el parangón de las respectivas posturas, la interpretación no puede sino favorecer al dependiente cuando manifiesta que dio aviso al contramaestre, por aplicación del art.9 L.C.T., reforma Ley 24.628.

Es mas, la prueba ofrecida por la parte demandada, testimonial de R. S., I. M., J. R. y R. C. R., no fue rendida, teniéndosela por desistida de los tres primeros a 317 y por la del testigo R. a fs.320.

En cambio, de la testimonial de fs.258 de los testigos P. A. N. y M. A. D. de fs.270, queda probada la realidad de la enfermedad dental del dependiente, con lo que el tripulante, además del derecho que tenía a ser dejado en tierra, probó la enfermedad con lo que a todo evento no resulta invocable la falta de aviso conforme con el art.209 L.C.T., descartandose en consecuencia que existiera mala fe por parte del actor (arts.63, 67, 68, 9 y concords. L.C.T.

Sostener a ultranza conforme con el art.210 L.C.,T., que el trabajador se encontraba obligado a someterse al control facultativo designado por el empleador, resulta inadmisible, ya que ninguna prevención formuló al empleado sobre el particular, resolviendo a contrario el despido del trabajador por la inasistencia invocada.

En conclusión, no prosperan los argumentos expuestos, quedan firmes la conclusiones del fallo sobre la inasistencia en la prestación del servicio y que la misma no posee la entidad suficiente para justificar la decisión de dar por concluida la relación de trabajo y que no consintiera su continuación (fs.363vta.).

Como último agravio sostiene la parte recurrente el exceso regulatorio de los honorarios, con orden al art.505 C.C., pero no surge el mismo de las determinaciones porcentuales de fs.365, toda vez que dentro del límite del 25% no se computan el correspondiente a la representación profesional de la parte demandada, conforme el último párrafo de la norma citada.

Se rechaza en definitiva el recurso interpuesto, con costas por imperio del art.57 Ley XIV Nº 1 del Digesto Jurídico. Rige la Ley XIII Nº 4 del Digesto Jurídico en materia de aranceles, arts.5, 6, 8, 13 y concords., por lo que en atención a los trabajos profesionales y su resultado, se ajusta a derecho la propuesta regulatoria del primer voto.

Por todo lo expuesto y atento la concordancia con el primer voto del presente acuerdo, corresponde el pronunciamiento propuesto por la Dra. Silvia Noemí Alonso en todas sus partes.

Con lo que se dio por terminado el acto, quedando acordado dictar la siguiente:

S E N T E N C I A

1. Rechazar el recurso de apelación interpuesto por la demandada a fs. 369 y confirmar, en consecuencia, la sentencia de primera instancia obrante fs. 359/365, en lo que fue motivo de agravio.

2. Costas de esta instancia a la demandada.

3. Regular los honorarios profesionales del Dr. M. D. V. en un TREINTA POR CIENTO (30%) y los de los Dres. M. E. J. y J. A. G. N. en un TREINTA POR CIENTO (30%) de los que les correspondan por sus labores en primera instancia.-

4. Regístrese, notifíquese, devuélvase.

REGISTRADA BAJO EL NRO. AÑO 2011

DEL LIBRO DE SENTENCIAS DEFINITIVAS "L"