En la ciudad de Puerto Madryn, a los días de octubre del año dos mil quince, se reúne la Excma. de la Cámara de Apelaciones, con la Presidencia del Dr. Heraldo E. Fiordelisi y la asistencia de los Sres. Jueces de Cámara María Inés de Villafañe y Dr. Mario Luis Vivas, para celebrar acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **"A., A. L. c/ P. S.A. s/ Cobro de Pesos (fa. 9883)" (Expte. N°120/15)** venidos del Juzgado Laboral N° 1 (Expte. N°460/07), en apelación. Los Sres. Magistrados resolvieron plantear las siguientes cuestiones: **PRIMERA:** ¿Es justa la sentencia apelada? **SEGUNDA:** ¿Son justos los honorarios regulados a los letrados de la demandada?; **TERCERA:** ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar? y expedirse en orden al sorteo practicado a fs. 212.

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

1 – Antecedentes

Se han radicado los presentes actuados por ante esta Alzada a los efectos de tratar el recurso de apelación interpuesto a fs. 192 por la parte actora contra la sentencia dictada a fs. 185/187 vta. en la Instancia originaria y que le ha sido concedido conforme surge de fs. 193. Asimismo, los letrados de la parte demandada han apelado por baja la regulación de sus honorarios (conf. fs. 190), siéndoles concedido el recurso a fs. 191. Ha expresado sus agravios el recurrente (fs. 196/198 vta.) sin que haya sido contestado por la contraria el traslado conferido de los mismos (conf. fs. 201).

2 – La sentencia

La sentencia recurrida rechazó la demanda deducida por A. L. A. contra P. A. S.A., impuso las costas al actor y reguló los honorarios de los profesionales intervinientes.

La a quo analizó las constancias del legajo acompañado por la demandada, los reconocimientos y desconocimientos de fs. 36 así como la confesión ficta en que incurriera el actor. En base a esta última circunstancia, a la posición asumida por la demandada en el conteste y al desconocimiento meramente genérico de algunas de las constancias del legajo (conf. fs. 36), entendió la sentenciante que corresponde tener por acreditado: a) que al momento del ingreso a la demandada el actor denunció un domicilio en la ciudad de Puerto Madryn; b) que en Octubre de 2003 mediante telegrama obrante en autos el actor comunicó "nuevo domicilio" en la calle L. ***, Tristán Suárez (Pcia. Bs.As.); c) que el 18/02/04 en el contrato de ajuste, en la declaración jurada y en la designación de beneficiarios del seguro, se lee como domicilio del actor el indicado en el apartado anterior y también con la misma fecha obra la actualización de domicilio de la cual surge que el domicilio real del actor es en la calle A. ****, Lanús, Pcia. Bs.As. y d) que en Agosto de 2004 el actor se notificó de la nueva forma de liquidación de las asignaciones familiares, consignando como su domicilio el de la calle A. ****.

Surge también de la decisión dictada en primera Instancia que no presentado el actor a embarque y por aplicación de las normas propias del trabajo marítimo, la empresa dispuso con derecho el despido directo y causado del tripulante (el actor), dejando en claro que la demandada no despidió invocando abandono de trabajo sino la causal específica prevista por el art. 991, inc. 5 del Código de Comercio, de estricta aplicación a la gente

de mar y que encuentra su razón de ser en la imposibilidad fáctica de practicar intimación previa alguna con el buque armado y presto a zarpar.

En base a estas consideraciones, resolvió rechazar la demanda.

3 – <u>Agravios del actor</u>

3.1) Esgrime el actor que de ninguna manera puede considerarse válida la documental obrante a fs. 53 dado que nada relaciona la misma con el actor, no se indica el nombre y apellido y no se aclara la firma. Considera que ninguna influencia tiene que el reclamante haya sido declarado confeso en autos. Agrega que esa actualización de domicilio no lo realizó el actor sino personal de la empresa que se equivocó al consignar el domicilio y sobre tal equivocación despidieron al actor.

3.2) Plantea como agravio que la "citación de embarque" no fue entregada por encontrarse el "domicilio cerrado" y que se dejó aviso de visita, lo cual ocurrió el 31 de Diciembre de 2005. Es por ello que afirma que el actor nunca recibió la citación de embarque la cual fue desconocida hasta que se la acompañó en autos con la contestación de demanda.

3.3) Sostiene la improcedencia de haber considerado ajustado a derecho el procedimiento y normativa en la que se basó el despido. Expresa que de la citación de embarque no se observa ni se advierte intimación o apercibimiento alguno de las consecuencias de la no presentación. Agrega que el personal sujeto a contrato de ajuste no está excluido de la LCT y sus disposiciones resultan aplicables. Según la queja, si la citación de embarque no contiene un expreso y contundente apercibimiento de las consecuencias que acarrearía el incumplimiento, no puede ser ello causa de despido. Por todo ello, considera la queja que la decisión del despido no se ajustó a derecho.

3.4) En el último agravio se trata la situación de "confeso" del actor y que ello no es relevante para considerar que su parte ha sido negligente, como lo ha tildado la a quo.

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

4.1) He de tratar conjuntamente el primero y el cuarto agravio en virtud de estar relacionados en el planteo que hace el quejoso sobre la irrelevancia de haber sido tenido por "confeso" (fs. 121) al no haberse presentado a la audiencia de absolución de posiciones no obstante encontrarse debidamente notificado (conf. art. 24 Ley XIV N° 1), esgrimiendo que ello no pudo conducir a la a quo a considerar válido el instrumento obrante a fs. 53 del Legajo personal acompañado como prueba por la demandada (*"Actualización de Domicilio"*).

Adelanto que ninguna relevancia corresponde otorgar a los dichos del quejoso sobre que este instrumento no lo realizó el actor sino personal de la empresa y que el mismo se equivocó al consignar el domicilio. Ello así en virtud de no haber sido un tema oportunamente introducido en el proceso y que formara parte de la litis (arg. art. 280 CPCC).

El actor no le asigna ningún valor al hecho de haber sido tenido por *"confeso"* en el proceso, mientras que ello fue considerado relevante por la a quo en su decisión hoy recurrida. Corresponde dirimir esta cuestión.

La confesión ficta es una confesión que simula la actividad propia de una confesión expresa; también se la denomina tácita (conf. FALCON, "Tratado de la Prueba", T. II, pág. 200; ídem, "Prueba Pericial y Proceso de Daños", RDD 1999-5). Se la ha definido como la atribución de un reconocimiento favorable a la versión fáctica dada por la parte que formula posiciones

pertinentes, aprobadas por el juez, cuando el absolvente debidamente citado y con el apercibimiento correspondiente, por su incomparecencia injustificada falta a la obligación de expedirse categóricamente (conf. CNCiv.Com.Fed., 25/03/86, JA 1986-III-síntesis; Cám.Civ.Neuquén, 30/06/88, AP 17/2884).

La Ley Provincial del fuero dispone en su art. 24 que el que deba absolver posiciones será citado por lo menos con dos (2) días de anticipación, bajo el apercibimiento que, si dejare de comparecer sin justa causa, será tenido por confeso sobre los hechos expuestos en la demanda o contestación, salvo prueba en contrario.

La confesión ficta es, antes que nada, confesión. En la confesión ficta asentimos a todas las posiciones que nos propinaron (conf. CHIAPPINI, J., "Cuando la confesión ficta ¿Qué confesamos?, LLC, 2007-462). Debe reconocérsele, entonces, este valor confesorio aunque legalmente encauzado: correlacionándolo con los demás datos probatorios que el proceso ofrezca. En este contexto, existe una corriente abrumadoramente mayoritaria que sostiene que la confesión ficta, en cualquiera de sus modalidades, produce los mismos efectos que la confesión expresa, vale decir, que resulta suficiente para tener probados los hechos consignados en el pliego de posiciones, aunque puede desvirtuarse mediante prueba en contrario (conf. ALSINA, H., "Tratado…", T. II, págs. 377/378; GOZAINI, A., "Notas y Estudios sobre el Proceso Civil", pág. 122; PALACIO, L.E., "Derecho Procesal", T. IV, pág. 522; RIVAS, A.A., "Confesión ficta y negativa de los hechos en los escritos constitutivos", LL 1990-D-214; CNCiv., Sala A, 20/10/81, LL 1982-C-148; Cám.Apel.Esquel, 30/09/2002, AP 15/13813 y fallos citados en QUADRI, G.H., "La prueba en el proceso civil y comercial", T.II, pág. 1066, Abeledo Perrot).

Queda claro, entonces, que los hechos favorecidos por la presunción de ser ciertos pueden desvirtuarse mediante libre prueba en contrario, sin necesidad de argüir y demostrar error ni elemento subjetivo de ninguna clase; no se trata de evocar o retractar una confesión, sino de probar en contrario de una presunción judicial (conf. C.Civ. Neuquén, 01/01/88, AP 17/2894). Luego, la confesión ficta no vale frente a pruebas documentales, testimoniales o periciales que la contradigan y que no fueron objetadas por las partes, pero debe tratarse de prueba categóricamente favorable al absolvente y en todo caso, la duda debe resolverse en su contra (conf. C.Nac.Civ.Com.Fed., Sala 3ª., 19/05/05, AP 1/70020921-5; CNCiv., Sala E, 16/05/92, JA 1994-III-síntesis). En el caso de autos no surge ninguna prueba en contrario que no permita otorgar valor a la confesión ficta del actor. Tampoco el recurrente menciona la existencia de alguna probanza que lo favorezca para hacer caer el peso que tiene su situación de *"confeso"*.

Por supuesto que no paso por alto el contenido de los escritos postulatorios presentados en autos por la parte actora, en especial el obrante a fs. 36 y vta. en el cual contestó el traslado que se le confiriera de la documental aportada por la demandada.

La cuestión es determinar si, no obstante que la ley del fuero es clara en cuanto a que la confesión ficta sólo pierde eficacia ante prueba en contrario, debe tenerse en cuenta la eventual negativa de los hechos plasmada en los escritos postulatorios. Concretamente, si la confesión ficta se produce cuando los hechos que son objeto de ella hubieran sido negados por el absolvente en los escritos fundacionales. La tesis mayoritaria indica que dentro de los elementos aptos para enervar lo que surge de la confesión ficta no puede considerarse la negativa en los escritos postulatorios (conf. ALSINA, H., "Tratado", T. II, págs. 377/378; FASSI, S.C. – MAURINO, A.L.,

"Código Procesal…", T. III, pág. 605; "De la confesión ficta en rebeldía", ED 1-943; PECACH, R., "Valor probatorio pleno de la absolución de posiciones en rebeldía", JA 72-210; RIVAS, A., "Confesión…", cit.; QUADRI, G.H., "La prueba…", T.II, pág. 1067, cit.).

Es por lo hasta a aquí expuesto que la SCBA ha dicho que la postura que niega toda eficacia a la confesión ficta cuando los hechos sobre los que recae hubieran sido objeto de desconocimiento expreso en la demanda o contestación priva a la prueba de confesión de todo sentido, pues autoriza, sin sanción alguna, a que las partes desoigan el llamado judicial a absolver posiciones, explicitando que no es ésa la orientación que inspira al Código Procesal (conf. SCBA, 19/10/75, DJBA 77-165). Los tribunales adoptan, mayoritariamente, tal línea de pensamiento, y le reconocen virtualidad a la confesión ficta aunque los hechos materia de ella se hallen en contradicción con los afirmados por la propia parte en otras piezas del proceso (conf. CNCiv., Sala M, 23/05/90, JA 1992-IV-síntesis; entre muchos otros citados en QUADRI, G.H., "La prueba…", T. II, pág. 1068, cit.). Y a lo dicho, agrega QUADRI que *"…la negativa de los hechos en los escritos postulatorios sería casi un presupuesto de la confesión ficta pues, si no hubiera mediado tal repulsa inicial, no se trataría de hechos controvertidos y, de esta manera, quedarían fuera del tema probatorio"* (ob. cit., T. II, pág. 1068/1069).

La postura expuesta es razonable y ello se explica porque tanto la demanda como la contestación y/o los escritos presentados por las partes durante el proceso son actos emanados de ellas y los dichos, las afirmaciones, las negaciones o las explicaciones carecen de todo valor probatorio por sí mismos; en cambio, un hecho o una serie de hechos probados por confesión ficta deben primar sobre el dicho de la parte, por tratarse de un medio de prueba (conf. C.Civ.Neuquén, 01/01/98, AP 17/2895).

Lo hasta aquí desarrollado da respuesta clara al agravio planteado por la parte actora, conduce inevitablemente a su rechazo y permite avalar los términos de la sentencia en crisis sobre el particular.

4.2) Plantea el actor que la "citación de embarque" no fue entregada por estar el "domicilio cerrado", dejándose aviso de visita y que ello ocurrió el día 31 de Diciembre de 2005. Es por ello que su parte nunca recibió tal citación.

Conforme la documental obrante en autos, la "citación de embarque" fue llevada por el correo al domicilio del actor el día 30 de Diciembre de 2005 y no el 31 (conf. telegrama de fs. 29 obrante en el Legajo de documentación reservado). Ante el planteo del agravio corresponde decidir si debe considerarse notificado o no al dependiente de la citación en cuestión y que fuera remitida al domicilio real por él oportunamente denunciado a la patronal, según hemos visto.

El día 29/12/2005 la demandada remitió al actor el telegrama cuya copia auténtica obra a fs. 30 del Legajo reservado (notificación de embarque); el mismo fue remitido al domicilio real denunciado por el actor (A. ****, Lanús, Bs.As.). El día 30/12/05 el Correo Argentino notifica a la empleadora que el citado telegrama no fue entregado por encontrarse el "domicilio cerrado" y que dejaron "aviso de visita", procedimiento que fue reiterado el día 31/12/05 (conf. fs. 28 y 29 del Legajo reservado).

Sabemos que en estos casos y al no encontrar a ninguna persona en el domicilio del destinatario, el Correo deja aviso de la realización de una visita posterior y luego -de persistir la ausencia- deja un nuevo aviso para que el destinatario retire del Correo la pieza postal dentro del plazo que fija el reglamento.

Llegado el día 04/01/2006, la empleadora envió al actor la C.D. obrante a fs. 27 del Legajo reservado -al mismo domicilio que fuera remitida la anterior- en la cual le comunican que no habiéndose presentado a embarcar en la fecha previamente notificada, consideraba resuelta la relación laboral.

Este último despacho fue rechazado por el actor conforme surge del telegrama de fs. 25 del Legajo reservado de documentación.

Si bien quien elige el medio de comunicación resulta responsable por su resultado, lo cierto es que se encuentra fuera de debate que el Telegrama despachado por la patronal el 29/12/2005, fue dirigido al correcto domicilio oportunamente denunciado por el dependiente, según ya analizara aquí.

En tal contexto, la demandada cumplió con su deber de citar a embarcar al trabajador no pudiendo serle imputable la falta de recepción de dicho despacho postal. Así las cosas, cabe concluir que el mismo ingresó en la órbita presunta de conocimiento del trabajador y reputar válida la citación referida (conf. CNAT, Sala V, 29/08/2013, DT 2013 (Dic.), 3239).

El que acabo de exponer es el criterio adoptado desde antiguo por la mayoría de las salas de la CNAT al decir: *"Si bien es cierto que quien utiliza un medio de comunicación es responsable del riesgo propio de dicho medio, tal principio no resulta aplicable cuando se utilizó un medio común para este tipo de comunicaciones (telegrama) y la noticia no llegó a cumplir su cometido por "domicilio cerrado". En tal caso, el fracaso de la comunicación sólo es imputable al destinatario en tanto el domicilio al cual se envió el despacho era el correcto"* (Sala III, Sent. N° 69.842, 16/08/95, "García, R. c/ Weidgans, J. s/ Despido"); *"Cuando un telegrama, correctamente enviado, es devuelto por el personal distribuidor de la compañía de correos, con la atestación "domicilio cerrado" se considera que se ha cumplido el fin que persigue la pieza postal, pues la falta de entrega es imputable sólo al destinatario que ha impedido la efectividad del medio empleado"* (Sala X,

Sent. N° 5714, 25/02/99, "Giménez, O. c/ Edit. Atlántida S.A. s/ Despido"); *"Si la demandada envió el telegrama de contestación a la intimación cursada por el trabajador, pero dicha pieza no pudo ser entregada porque en varias oportunidades el personal de correos encontró el "domicilio cerrado", tal situación no puede equipararse a aquellos casos en que la respuesta no llega por circunstancias imputables a quien elige el medio. Por el contrario, en este caso, quien intimó (el trabajador) debía esperar la réplica de su empleadora y ésta puede considerarse que cumplió con su cometido toda vez que entró en la órbita de conocimiento del actor en tanto llegó a su domicilio pero no pudo ser entregada"* (Sala IV, Sent. N° 66.834, 30/12/91, "Carduje, C. c/ Científica Argentina SRL s/ Despido").

Por lo tanto, habiendo sido reconocida (confesión ficta) por el actor como propia la declaración de domicilio que luce en el instrumento de fs. 53 del Legajo reservado (2ª. posición) y que el último domicilio por él denunciado es en la calle A. **** (3ª. posición), cabe reputar válida la comunicación (citación a embarque) remitida por la patronal el día 29/12/2005, por lo que el trabajador fue fehacientemente notificado para que se presentara a embarcar el día 02/01/2006.

Es que hay un principio jurídico que establece que quien elige un medio de comunicación resulta responsable del resultado del mismo, pero dicho principio choca contra otro que es el de la realidad. *Nadie puede ser obligado a notificar a alguien que no quiere ser notificado* (conf. ETALA, J.J. (h), *"Comunicaciones entre las partes"*, DT 2013 (Dic.), 3239).

En este caso es indudable que la empleadora cumplió con su deber de intentar notificar al trabajador y que la falta de cumplimiento de la misma no le resulta imputable. De adoptarse el criterio que sustenta el agraviado, implicaría que cualquier trabajador que se negara a recepcionar los telegramas o cartas documento, o no atendiera a los avisos que le deja el

Correo, frustraría de esa forma la única alternativa que tiene el empleador para notificarlo, pudiendo ser tal conducta configurativa de un abuso del derecho (ver ETALA, J.J. (h), ob. cit.).

Teniendo en cuenta lo expuesto, me interesa remarcar que habiendo sido remitida la "citación de embarque" al domicilio del trabajador que él denunciara, debe la misma considerarse válida y que entró en la esfera de su conocimiento, no habiéndolas recibido por su culpa, dolo o falta de diligencia (conf. CNT, Sala I, "Díaz, H. c/ Luce 10 SA s/ Despido", SD 79.215 del 12/03/02, entre muchos otros). Es decir, conforme al carácter recepticio de las comunicaciones que rige en el Derecho del Trabajo, es necesario que se extremen los recaudos para que la comunicación llegue al destinatario, pero el receptor tiene la carga de recepción, por la que obrando con diligencia y buena fe, debe facilitar la entrega del mensaje. Ello implica que la recepción de la notificación no queda librada al arbitrio del destinatario, el que debe informar correctamente su domicilio real, mantener identificado su domicilio, comunicar cualquier cambio que se produzca en él y recibir correctamente todas las notificaciones que le fueron dirigidas (conf. CNAT, Sala I, 17/07/07, LLOnline AR/JUR/4383/2007).

Considero que, no obstante la controversia surgida entre las partes, la cuestión es muy clara y ello fundamentalmente porque no es posible hacer recaer sobre el remitente de una carta documento o telegrama, por el solo hecho de haber elegido el medio de transmisión de la declaración de voluntad, las consecuencias que no derivan del medio escogido, sino de la negligencia del destinatario. Y es éste un criterio acertado por cuanto el empleador está obligado a notificar a su empleado en el domicilio que éste denunció y no se le puede exigir que practique diligencias investigatorias para establecer su paradero actual. Por eso, si el telegrama enviado por la

empleadora no fue entregado por encontrarse el “domicilio cerrado” u otra circunstancia obstativa, debe considerarse realizada la comunicación.

Contra lo que sostiene la parte actora y ante el panorama descripto, entiendo -concordando con la a quo- que la actitud de la demandada resultó ajustada a derecho. La citación a embarque fue dirigida al domicilio correcto denunciado por el actor y si éste no lo pudo recibir fue por causas ajenas a la empresa.

Por ello, analizadas las circunstancias concretas del caso sub examine, entiendo que tanto la primera como la segunda comunicación dirigidas por la empleadora (fs. 30 y 27 del Legajo reservado) cumplieron los efectos para los que estaban destinadas.

Los argumentos hasta aquí vertidos conducen inevitablemente al rechazo de la queja en tratamiento.

4.3) Resta analizar la queja relativa a que la “citación a embarque” no contiene ninguna intimación ni apercibimiento sobre las consecuencias de no presentarse a trabajar y de allí que haya sido ilegítima la ruptura de la relación de trabajo dispuesta por la patronal ante la no presentación del actor a embarcar en la fecha citada. Pretende la queja la aplicación de la normativa sobre abandono de trabajo que contiene la LCT.

Corresponde dejar sentado que los términos en los que se plantea la impugnación no formó parte de la litis dado que nada dijo el actor sobre este tema al demandar. Mal puede, entonces, esta Alzada considerar sus dichos a esta altura del proceso, sin que pueda admitirse como oportuna la referencia que se hizo en el alegato (arg. art. 280 CPCC).

5 – Conclusión

En atención a que los agravios del recurrente no logran hacer mella en los fundamentos de la sentencia en crisis, corresponde su rechazo y la confirmación de lo decidido en la Instancia originaria. Es mi voto.

6 – Costas de la Alzada

Corresponde imponer las costas de la Alzada a la parte actora que resulta perdidosa en el recurso que le fuera concedido (art. 69 CPCC), regulándose los honorarios de su letrado apoderado, Dr. J. A. G.R. I., en el 25% de los que les correspondan por su labor en la primera Instancia, sin perjuicio de lo dispuesto por el art. 7 de la Ley Arancelaria y con más el IVA de así corresponder (arts. 5, 13, 38, 46 y concs. Ley XIII N° 4 y modificat.).

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

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

1.

Los antecedentes de la causa, la sentencia dictada y los agravios expuestos por el apelante han sido reseñados por el magistrado que me antecede en el voto, por lo cual me pronunciaré directamente sobre los aspectos traídos a decisión de esta alzada.

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

2.

a) Las consideraciones que enuncia previa a los agravios en cuanto a los usos y costumbres respecto al primer domicilio que denuncia el trabajador marítimo, no puede ser valorada en esta instancia por resultar una cuestión no propuesta por la parte a la decisión de la magistrada de grado (art. 280).

b) El primer agravio tiene relación con los efectos de la confesión ficta tomada en consideración en la sentencia y que procura desplazar con la valoración de prueba que, estima existe en el expediente. Trataré aquí también los argumentos por los que sostiene la justificada ausencia a la audiencia de absolución de posiciones.

Respecto de esto último vale reseñar que a fs. 120 y al tiempo de agregarse el Oficio ley 22.172 por el cual se tramitó la prueba confesional del actor en extraña jurisdicción, la magistrada de grado, a petición de la contraria tuvo por confeso al actor en los términos del art. 24 de la ley XIV N°1. Ello motivó el planteo de reposición de fs. 124, el que debidamente sustanciado, fue resuelto a fs. 132. Precluyó allí toda posibilidad de alterar lo resuelto por la magistrada de grado (art. 383 del CPCC y 73 de la ley XIV N° 1), por lo que las referidas alegaciones quedan fuera del marco del recurso de apelación.

En cuanto a los efectos de la confesión ficta del Sr A., encontrándose debidamente citado a la audiencia fijada en extraña jurisdicción, no compareció a la misma, sin que se haya invocado causa suficiente alguna que justificare su inasistencia, situación procesal que, como ya señalé, llegó firme a esta Alzada.

En los términos del art. 24 de la ley XIV N°1 el actor ha quedado confeso sobre los hechos expuestos en el escrito de contestación a la demanda. La confesión ficta produce los mismos e idénticos efectos que la expresa en cuanto al reconocimiento de la verdad de los hechos que han sido objeto de ella, estribando la única diferencia entre ambas especies en que mientras la segunda constituye "plena prueba" según el art. 427 CPCC, la primera crea una presunción "iuris tantum", desvirtuable por ende mediante pruebas en contrario ("salvo prueba en contrario", reza el art. 24 de la ley procesal).

A partir de dicha presunción se invirtió sin más entonces la carga de la prueba, porque en nuestro sistema procesal la *"ficta confessio"* no requiere de corroboración por ninguna otra probanza para erigirse en elemento de convicción que el juez tiene el deber insoslayable de atender y ello en tanto señala la norma *"será tenido por confeso sobre los hechos expuestos en la demanda o contestación, salvo prueba en contrario"*. No hay en esa norma ni limitación a ciertos hechos ni concesión de facultades al juez, sino un mandato legal de que se tenga al absolvente por confeso, lisa y llanamente.

La magistrada de grado a mérito de la confesión ficta tuvo por cierto que al momento de ingresar a trabajar para la demandada denunció un domicilio en la ciudad de Puerto Madryn, pese a que en la libreta de embarque figuraba el de la calle L. *** de Tristán Suarez (Pcia. de Bs As); que en octubre de 2003 y mediante telegrama obrante a fs. 11 comunicó nuevo domicilio en calle L. *** de Tristán Suarez; que el 18 de febrero de 2004 en el contrato de ajuste, declaración jurada y designación de beneficiarios del seguro surge el domicilio de la calle L. y con la misma fecha que el domicilio real es el de A. **** de Lanús; que en agosto de 2004 el actor consignó que su domicilio era el de A. ****. De esas constancias concluyó que correspondía tener por

acreditado el domicilio a partir del mes de febrero de 2004 y hasta el distracto el ubicado en A. **** de Lanús Pcia. de Buenos Aires.

Frente a esas conclusiones, aquella afirmación del apelante en el sentido que no puede atribuirse valor a la documentación de fs. 53 del Legajo o que los formularios consignando el domicilio de A. **** no fueron realizados por él sino por personal de la empresa, que se equivocaron al consignar el domicilio de la hermana, no se desvirtúa los efectos de la confesión ficta, solo traducen una simple convicción personal inidónea desde que no existe prueba que los justifique.

Ninguna relevancia tienen las posiciones del pliego agregado en autos. Remarco que el art. 24 de la ley XIV N° 1 no refiere a que se lo tendrá confeso en los términos del pliego, por el contrario expresamente y a diferencia del proceso civil, se lo tendrá confeso sobre los hechos expuestos, en el caso, en la contestación de demanda.

En cuanto, al desconocimiento de la documentación aportada por la parte demandada, deberá repetirse que aquellas alegaciones no alteran la eficacia de la referida modalidad de la confesión. No existe en el expediente prueba en contrario de la secuencia de domicilios registrados en la empresa y que explicitara la demandada al contestar demanda, con entidad propia y suficiente para neutralizar la eficacia de un medio de prueba, al cual rehusó someterse el actor y cuyas consecuencias expresamente contiene la norma procesal laboral.

El agravio en los términos expuestos no conmueve lo decidido en la instancia de grado y debe rechazarse.

c) En lo que puede individualizarse como segundo agravio, se queja que se haya considerado que “el actor consintió el llamado a embarque”.

Para ello señala que la citación no fue entregada por encontrarse el domicilio cerrado, dejándose aviso de visita el día 31 de diciembre de 2005 y que "necesariamente era de cumplimiento imposible ya que la

presentación del actor era para el día 2 de enero", que el 1 de enero era domingo y feriado por lo que el actor no podía llegar tal día a su citación, a pesar de concurrir al Correo Argentino de acuerdo al aviso de vista.

Conforme lo que expuse para el agravio anterior queda claro que el telegrama despachado por la empresa pesquera el día 29/12/2005 fue dirigido al domicilio denunciado por el actor y dentro de los plazos que establece la norma.

El magistrado que me antecede en el voto y a lo que acompaño, explicitó que la regla general en materia laboral es que quien elige un medio para cursar una comunicación referida a la relación, carga con los riesgos que ello implica, pero no es menos cierto que la causa que impida la efectividad del medio elegido no debe ser imputable al destinatario.

De allí que el principio no puede aplicarse cuando utilizando un medio común para ello y en el caso el telegrama que obra en el legajo (folio 30 en lápiz), el mismo no llegó a cumplir su cometido por "domicilio cerrado", dejándose aviso de visita. Para que se tenga por válida la notificación a un "domicilio cerrado", es necesario que el correo informe que en dicho domicilio se ha dejado "el aviso" ("cerrado con aviso"). Conforme la documental que obra en el legajo (foliados en lápiz 28 y 29) el Correo comunicó a la empresa que el día 30/12 y el día 31/12 había dejado sendos avisos. De modo tal que la citación a embarque cursada al domicilio denunciado por el trabajador cumplió su cometido y la ineficacia de la comunicación, ha sido imputable a la culpa del receptor.

El agravio en el punto debe desestimarse.

d) El agravio relativo a la citación a la forma de la citación a embarque y la aplicación de normas ajenas a la LCT, no puede ser tratado en esta instancia.

Conforme el art.280 del CPCC este Tribunal no podrá fallar sobre capítulos no propuestos al juez de primera instancia, esto tiene fundamento en que la función de este tribunal tiene una doble limitación y es la que resulta de la relación procesal trabada y el marco de los cuestionamientos que se exponen en el agravio. "*El límite de la acción está dado por el contenido de los escritos de demanda y contestación, límite que no puede ser soslayado por las partes al expresar agravios. De modo que es extemporáneo el tema no planteado en aquellas ocasiones y que recién se introduce en la pieza recursiva. Al punto que su tratamiento por la Alzada importa la violación por ésta de los artículos 34 inc.4to, 163 6to, 266 y 272 del C Procesal"* (Cám. 2° C C y M San Juan 9-3-82 "García c/ Municipalidad del Partido de Rivadavia / Daños y Perjuicios).

El objeto de la segunda instancia es distinto al de la primera instancia; aquel está dado por la pretensión del apelante que no puede ser otra que someter a la función revisora de la alzada la sentencia de primera instancia que se pretende mejorar. Todo lo que no sea objeto de agravio concreto y no haya sido motivo de decisión del a quo gana firmeza y constituye un ámbito que no alcanza la jurisdicción de la alzada, limitada a tono con el aforismo tantum devolutum quantum apellatum. Es que, si bien el recurso abre la jurisdicción de la alzada a los efectos de resolver sobre la justicia del pronunciamiento apelado, en manera alguna posibilita fallar sobre peticiones formuladas en segunda instancia con prescindencia de las cuestiones planteadas al magistrado de grado, pues el tribunal ad quem carece de legitimación para resolver sobre ningún capítulo que no hubiese

sido sometido a decisión del juez de grado. Lo expuesto toda vez que la segunda instancia es sólo un medio de revisión del pronunciamiento emitido en primera y no una renovación plena del debate. *"En principio, ninguna cuestión que no sea materia de impugnación es susceptible de abordarse por la alzada. No basta que la cuestión haya sido propuesta en esta segunda instancia para provocar un juicio sobre el mérito; es necesario que esté contenida en los escritos que conforman la relación procesal, o dicho de otro modo, se infringe este principio cuando el fallo recae sobre puntos planteados recién en la expresión de agravios o en el escrito recursivo. Esta directiva se encuentra plasmada en los arts. 266 y 272 del CPCC, con lo que se quiere indicar que esta Alzada se ve impedida de estimar agravios que importan el reemplazo de los sujetos activo y pasivo, la transformación del objeto inmediato o mediato de la pretensión o la alteración de la causa, pues en estas materias la primera instancia tiene efectos preclusivos.* (CC Sala 2 LM RSI-25-00 - 22-8-2000) (Base elDial.com - W12F38).

De allí que no pueda la parte señalar, que el planteo que formuló en el alegato es oportuno cuando omitió en su demanda cuestionar el defecto de forma de la citación a embarque, en tanto no contenía advertencia, intimación o apercibimiento alguno respecto de las consecuencias de la no presentación.

El agravio debe rechazarse en los términos del art. 280 del CPCC.

3.

Conforme he desarrollado mis fundamentos, el recurso de apelación de la parte actora debe desestimarse y consecuentemente, la sentencia de primera instancia deberá confirmarse en todo lo que ha sido materia de agravios.

Las costas en la Alzada deberá soportarlas el actor vencido en esta instancia (art. 69 del CPCC), siendo ajustados a la actuación profesional cumplida, los

honorarios que para el Ab. J.A. I. propone el Dr. Fiordelisi, sin perjuicio de los mínimos legales y con el IVA si
correspondiera (arts. 5, 7 y 13 de la ley arancelaria)
Voto a la cuestión, por la **AFIRMATIVA**.

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

Los letrados que actuaron por la parte demandada apelaron por "bajos" los honorarios que les fueran regulados en la anterior Instancia.

Conforme es criterio uniforme de este Cuerpo, la base regulatoria -en los casos de rechazo de la demanda- debe estar conformada por el importe de la liquidación que oportunamente se practique en autos a estos fines y que resulte de calcular el capital reclamado en la demanda con más los intereses a la tasa activa que fija el Banco del Chubut S.A. para las operaciones de descuento de documentos comerciales desde el día en que se interpuso la demanda hasta el efectivo pago (conf. *"B. d. C. S.A. c/ F. S.A. s/ Cobro de Pesos"*, SDC 31/11, entre otros).

En el caso, la Sra. Magistrada a quo reguló los honorarios fijando los mismos en *Jus;* dicho proceder no ha sido objetado por los recurrentes en su apelación y de allí que adquiriera firmeza.

Realizado el cálculo correspondiente y analizando la regulación recurrida, surge que la misma cumple con los parámetros de la justa retribución por la labor profesional desarrollada por los interesados y de allí que corresponda su confirmación.

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

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

Apelan los letrados D. G. L. y G. W. sus honorarios, por considerarlos bajos.

Conforme vengo sosteniendo en cada oportunidad en que se apelan los honorarios profesionales, la ley arancelaria prevé un conjunto de pautas que pueden ser evaluadas por los jueces con un razonable margen de discrecionalidad, entre las que se encuentran la naturaleza y complejidad del asunto, el mérito de la causa, la calidad, eficacia y extensión del trabajo, entre otros aspectos.

Debo señalar liminarmente, que el caso no autorizaba a la regulación de honorarios en la unidad de medida arancelaria (art.6 bis), toda vez que se trata de un proceso con contenido económico. Conforme el criterio que sigue la Cámara en consonancia con el del STJCH en SD N° 03/S.R.E./2011, en el caso de rechazo de la demanda el monto a considerar es el reclamado con más sus intereses a la tasa activa del Banco del Chubut S.A. desde la fecha de la promoción de la demanda y hasta su liquidación.

No siendo materia de agravio la utilización de la unidad de medida arancelaria, la decisión en el punto llegó firme a la Alzada. Por lo tanto, efectuados los cálculos pertinentes con base en los arts. 5 y 6 sobre el monto del proceso (art 18) y cotejados con los que resultan al aplicar el valor del jus, no existe agravio para los letrados recurrentes y los honorarios deben confirmarse.

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

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

De ser compartidos mis fundamentos por los colegas integrantes de esta Cámara, el pronunciamiento que corresponde dictar sería el siguiente:

Primero: CONFIRMAR la sentencia dictada a fs. 185/187 vta. en todo lo que fuera materia de agravios.

Segundo: IMPONER LAS COSTAS DE LA ALZADA a la parte actora (art. 69 CPCC), regulándose los honorarios de su letrado apoderado, Dr. Jorge A. G.R. I. en el 25% de los que les correspondan por su labor en la primera Instancia, sin perjuicio de lo dispuesto por el art. 7 de la Ley Arancelaria y con más el IVA de así corresponder (arts. 5, 13, 38, 46 y concs. Ley XIII N° 4 y modificat.).

Tercero: CONFIRMAR LA REGULACION DE HONORARIOS practicada en la primera Instancia a los Dres. D. R. G. L. y G. N. W..

Cuarto: REGISTRESE, NOTIFIQUESE y oportunamente, **DEVUELVASE.**

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

Conforme el sentido de mi voto, el pronunciamiento que corresponde dictar es el que propone el Dr. Heraldo E. Fiordelisi.

Así lo voto.

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

Puerto Madryn, de octubre de 2015.

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

Primero: CONFIRMAR la sentencia dictada a fs. 185/187 vta. en todo lo que fuera materia de agravios.

Segundo: IMPONER LAS COSTAS DE LA ALZADA a la parte actora (art. 69 CPCC), regulándose los honorarios de su letrado apoderado, Dr. J. A. G.R. I. en el 25% de los que les correspondan por su labor en la primera Instancia, sin perjuicio de lo dispuesto por el art. 7 de la Ley Arancelaria y con más el IVA de así corresponder (arts. 5, 13, 38, 46 y concs. Ley XIII N° 4 y modificat.).

Tercero: CONFIRMAR LA REGULACION DE HONORARIOS practicada en la primera Instancia a los Dres. D. R. G. L. y G. N. W..

Cuarto: REGISTRESE, NOTIFIQUESE y oportunamente, **DEVUELVASE.**

REGISTRADA BAJO EL N° /15 SDL. CONSTE.