--- En la ciudad de Trelew, a los 26 días de junio del año dos mil ocho, se reúne la Sala “A” de la Cámara de Apelaciones, con la Presidencia del Dr. Carlos A. Velázquez y presencia de los Sres. Jueces del Cuerpo Dres. Carlos Dante Ferrari y Marcelo López Mesa, para celebrar acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **“Q. G. B. c/ A. M. A. s/ Dif. de hab.” (Expte. N° 22.773 - Año 2008)** venidos en apelación. Los Sres. Magistrados resolvieron plantear las siguientes cuestiones: PRIMERA: ¿se ajusta a derecho la sentencia apelada? y, SEGUNDA: ¿qué pronunciamiento corresponde dictar? y expedirse en orden al sorteo practicado a fs. 100.----------

------- **A LA PRIMERA CUESTIÓN** el Dr. Velázquez expuso:----------

---------- Apeló la actora la sentencia que desestimara su demanda de diferencias salariales pretensamente surgidas de su labor como empleada doméstica de la demandada con una frecuencia semanal de seis jornadas -de lunes a sábados- y una extensión horaria superior a aquella por la que se le remuneraba.---------- Al fundar su recurso criticó la apelante la apreciación de la prueba testifical llevada a cabo por el sentenciante de anterior grado, sosteniendo que, contra lo argumentado por él, los testigos que de su parte aportara no fueron “de oídas”, sino que les constaba personalmente por las razones que expusieron que la trabajadora cumplía ocho horas de labor diaria de lunes a sábados. Añadió que en punto al trabajo sabatino coinciden incluso con los dichos de esos testigos las manifestaciones de uno de los ofertados por la demandada, mientras que tocante a la extensión horaria de las jornadas ninguno de los testimonios arrimados por su adversaria dio precisiones.---------- Tal expresión de agravios fue replicada por la demandada a fs. 96/97.----------

II.- A mi ver, no narró el juzgador de la previa instancia al desconocer mérito acreditante a las declaraciones de los testigos ofrecidos por la actora, pues a su respecto es dable notar:----------

------- A) J. L. N. expresó que la demandante laboraba de lunes a sábados ocho horas diarias (fs. 63, resps. a las pregs. 2da. y 4ta.). Mas al brindar la razón de sus dichos expuso que conocía a la actora del barrio y por haber sido la hija de la misma compañera de colegio de la deponente, agregando que la veía ir y venir del trabajo, así como que en otra época repartía la dicente boletas de

PAULO EDUARDO KÖNIG
SECRETARIO DE CAMARA

impuestos, habiéndoselas recibido por dos veces la demandante en el domicilio de la demandada (fs. ídem, resps. a la preg. 1era. y a la razón de los dichos). No parecen esas suficientes razones de conocimiento de los hechos sobre los que la testigo depuso, porque no se comprende cómo podían constarle las ocho horas de servicio a través de dos únicas visitas a la casa de la empleadora, sin aclarar siquiera el horario en que las realizó, o por ver a la trabajadora dirigirse y regresar de sus labores sin, tampoco aquí, precisar en qué momentos del día tenía esas percepciones. Menos informa sobre esa toma de conocimiento el que la testigo fuera condiscípula de la hija de la demandante o se cruzara a esta última por las calles del barrio o en el transporte colectivo, también sin mencionar los horarios de ello.---------- Sobreabundante casi es enfatizar la importancia que para la apreciación de esta especie de prueba reviste la razón de los dichos, en tanto es ella la que informa acerca de las circunstancias de lugar, tiempo y modo de adquisición por el declarante del conocimiento de los hechos sobre los que depone, elemento esencial entonces para la adecuada crítica del testimonio (art. 445 “in fine” C.P.C.C., su doc.; este cuerpo, c. 21.157 S.D.L. 20/06, c. 22.374 S.D.L. 7/08). Tal razón de ciencia debe resultar probable de acuerdo a las reglas de la sana crítica, esto es a las máximas de la experiencia y principios de la lógica, y en esta especie no parece lógico ni se advierte en la experiencia diaria que el cruzar a una persona por las calles del barrio o en el curso de un viaje en colectivo permita sin más deducir que ella va o vuelve directamente de su trabajo, sin escalas previas; tampoco posee base lógica atribuir a alguien el cumplimiento de prestaciones laborales por ocho horas diarias y seis jornadas semanales con el único cimiento de haberla visto en el lugar de trabajo dos únicas veces en horas no precisadas. Forzado es entonces apartar dichas declaraciones del plexo de las pruebas, pues “si parece inverosímil que efectivamente el testigo haya podido adquirir ese conocimiento de los hechos, su testimonio carecerá de mérito probatorio; si resulta improbable, su credibilidad será muy poca” (Devis Echandía, “Teoría general de la prueba judicial”, 5ta. ed., II-270/271).---------- B) R. C. S. coincidió con la deponente antes nombrada en que la actora se desempeñaba de lunes a sábados ocho horas diarias (fs. 64, reps. a las pregs. 2da. y 3era.), fundándose en que la encontraba

en el colectivo, a la ida a las 08:00 horas, y, regresando, a las 15:00 horas (resp. a la preg. 3era.). Debo aquí volver a subrayar la trascendencia que para la eficacia probatoria del testimonio tiene que éste contenga la razón de ciencia del deponente y de los dichos en análisis no surge cómo llegó la deponente a saber que en cada oportunidad en que encontraba viajando en colectivo a la actora, ésta se dirigía o volvía directamente de sus labores en casa de la demandada; no es dable descartar que ella iba o regresaba de algún destino previo o posterior al lugar del empleo. Señalaré además que la concordancia de esta testigo con el anterior apreciado no suple las deficiencias que en el mentado aspecto presenten cada uno de ellos, pues ante las mismas el juez no puede reconocerles valor probatorio ni al testimonio singular ni al plural, en tanto los testigos se pesan y no se cuentan (confr.: Devis Echandía, opus y loc. cit.).---------- C) En cuanto a la declaración de S. A. A., la misma debe ser descartada, pues la dicente indicó como fuente de su saber acerca de los hechos los relatos que le hiciera la actora, “mi amiga” (fs. 66, resp. a la razón de los dichos), lo que la convierte en “testigo de oídas”, cuyas aseveraciones carecen de fuerza de convicción en tanto a su conocimiento de los datos fácticos que refiriera accedió mediante manifestaciones de otro -para colmo de la misma parte que ofreció su declaración- y no porque esos aconteceres hayan caído bajo la directa percepción de sus sentidos (arts. 386, 456 C.P.C.C.; este cuerpo, c. 21.597 S.D.L. 43/06, c. 22.282 S.D.L. 62/07, c. 22.472 S.D.L. 83/07, entre muchas).---------- Atinente a las manifestaciones volcadas por los testigos que la demandada trajera a la causa, es exacto que expresaron ignorar o no supieron dar precisiones acerca de los horarios de ingreso y egreso de la actora a sus labores (fs. 61, resps. a las pregs. 3era. y 4ta.; fs. 62, reps. a las preg. 3era. y 4ta.; fs. 75, resps. a las preg. 4ta. y 5ta.), mientras que en relación al trabajo de los días sábados uno de los deponentes lo negó (fs. 61, resp. a la preg. 6ta.), otro expresó desconocerlo (fs. 75, resp. a la preg. 6ta.) y una tercera dijo haber visto laborar a la demandante un par de esos días pero manifestando ignorancia de que lo hiciera con habitualidad (fs. 62, resp. a la preg. 6ta.). Sin embargo, la pobreza e insustancialidad de esos elementos de juicio no resultan dirimentes en la especie, porque la carga de probar los hechos constitutivos de la “causa petendi” de su pretensión pesaba sobre la actora,

PAULO EDUARDO KÖNIG
SECRETARIO DE CAMARA

carga de la que no quedó relevada por la endeblez de las probanzas en contrario suministrada por la contraparte.---------- Si la demandante no la satisfizo, los datos fácticos por ella alegados no pueden ser atendidos al fallar, pues la sentencia debe basarse, como regla, en la prueba y no en la alegación, es decir, en los hechos comprobados de la causa (arts. 360 y 386 C.P.C.C.). Tal déficit acreditativo, según la regla que disciplina el “onus probandi”, obra en desmedro de la actora, a quien tocaba demostrar la concurrencia del supuesto fáctico de aplicación de la norma fundante de la pretensión. Alegar y no probar es mera gesticulación o *pedaleo en el aire*; aquel que afirma toma sobre sí el demostrar la veracidad de su aseveración (art. 377 ídem) y el incumplimiento conduce a tener el hecho afirmado por inexistente, en tanto, al decir de Carnelutti, la carga de la prueba no es más que “la repartición del riesgo de la falta de prueba”.---------- ---------- III.- Tocante a la conclusión del Señor Magistrado de la otra instancia acerca del encuadre de la trabajadora en la quinta categoría del servicio doméstico, la misma ha ganado firmeza ante la ausencia de toda impugnación a su respecto (arts. 265, 266, 271 C.P.C.C.).---------- ---------- IV.- Los expuesto motivos me conducen a propiciar la confirmación del decisorio recurrido en todo cuanto fuera materia de agravio, con costas de segunda instancia a la apelante vencida en ella (art. 59 de la ley 69) y regulando los honorarios de los Dres. S. I. G. y J. G. V., por sus tareas profesionales de alzada y vista la extensión, calidad y resultado de ellas, en las sumas respectivas equivalentes al 4,50 % y al 3,30 % del monto del proceso que resulte de la liquidación a practicarse en la etapa de ejecución, en la que al capital reclamado en la demanda habrán de añadirse los intereses que él habría devengado hasta la data de esta sentencia, calculados según el tipo utilizado por el B. D. C. S.A. en sus operaciones de descuento (arts. 6, 7, 9, 14, 19, 47 del dec.-ley 2.200).---------- ---------- Me expido en esta cuestión entonces por la AFIRMATIVA.---------- **A LA PRIMERA CUESTIÓN** el Señor Juez Doctor Marcelo LÓPEZ MESA dijo:---------- ----------

--- Analizadas las constancias de la causa y el voto del distinguido colega de Sala que me precediera en el orden de voto, debo decir que comparto su

abordaje de la temática traída a revisión. No puedo adherir lisa y llanamente al mismo no porque no coincida con él sino porque constitucional y legalmente se requiere mi voto individual; así lo exigen las mandas de los arts. 169 de la Const. Prov., 9 de la ley 1.130 y 271 C.P.C.C. (conforme ley 4.550).----------

--- En aras de cumplir dicho mandato, sustentaré individualmente mi voto seguidamente, aun cuando dada la suficiencia y detalle del voto que me antecede, poco me quedaría por agregar a él.---------- Iniciando el abordaje de la cuestión traída a resolución de esta Alzada, corresponde indicar que contra la sentencia de grado de fs. 86/87vta., que desestimara en todas sus partes la demanda incoada por la actora contra M. A. A., con costas a cargo de la actora vencida, se alza el accionante interponiendo informalmente recurso de apelación a fs. 91, el que es concedido a fs. 92 y sustentado a fs. 93/94.---------- Se agravia el apelante de que en la sentencia de grado se haya rechazado su reclamo de diferencias salariales, cuestionando el modo en que el juez a quo apreció los dichos de los testigos propuestos por la actora y la preeminencia que el a quo diera a otros dos testigos, vecinos de la demandada, para considerar que el horario en que laborara la actora era menor al que ella afirma. El recurso es escueto y los agravios se han vertido entremezclados.---------- Con pie en tales alegaciones solicita el apelante que se haga lugar a su recurso y se revoque la sentencia apelada, con costas a la demandada.---------- Corrido traslado de los agravios a la accionada a fs. 95, ésta contesta a fs. 96/97, solicitando el rechazo del recurso y la confirmación de la sentencia apelada, con costas de ambas instancias a la actora.---------- Ingresando al tratamiento de la cuestión traída es dable advertir que, en el fondo, todos los argumentos del actor apelante se reducen a uno: el cuestionamiento de la apreciación de la prueba efectuada por el juez de primera instancia.---------- El apelante cuestiona la apreciación de la prueba testimonial realizada por el juez, impugnando que se haya considerado como testigos “de oídas” a los que propusiera y postulando que los mismos han tenido conocimiento directo de los

PAULO EDUARDO KÖNIG
SECRETARIO DE CAMARA

hechos.----------

--- --- Es dable recordar que los arts. 386 y 456 CPCyC imponen a los jueces apreciar, según las reglas de la sana crítica, las circunstancias y motivos que corroboran o disminuyen la fuerza de las declaraciones testimoniales. También que la fuerza probatoria de la prueba de testigos está vinculada con la razón de sus dichos y, en particular, con las explicaciones que puedan dar acerca del conocimiento de los hechos a través de lo que sus sentidos percibieron.----------

---

--- Analizando los dichos de las testigos N. (fs. 63) y S. (fs. 64), cuyo mérito asevera el apelante sin aportar más que sus afirmaciones al respecto, surge claro que inequívocamente dadas las circunstancias del caso y modalidad de prestación laboral de la actora, ellos no pueden ser consideradas testigos directos. Es que, la actora desempeñaba diariamente un horario de trabajo cuya duración se encuentra discutida en autos, pero que iba entre las cinco y ocho horas diarias. La pregunta surge nítida: ¿cómo podría alguien que no fuera compañera de tareas de la empleada ser testigo directo del horario que desmpeñaba? La respuesta es simple. Podría alguien testificar que tal o cual día cumplió tal horario, pero para considerar que alguien fue testigo directo del hecho de que el empleado diariamente durante un determinado período cumplió x horas de labor, se requiere una buena explicación de la presencia de ese testigo cada día o muchos días en el ámbito laboral.----------

---

--- Admitir livianamente que alguien testimonie sobre jornadas diarias de trabajo sin que se justifique su presencia y conocimiento de visu de los hechos testimoniados, implica convertir a un testigo de oidas –o a un testigo mendaz- en una prueba relevante, lo que es inadmisible.----------

---------- Analizados los dichos de las testigos N. y S. surge claro de ellos que no se justifica allí la razón de la toma de conocimiento de lo expuesto. Decir que sabe que la actora trabajaba en determinado horario porque una o dos veces le entregó una boleta en la calle Ecuador (cfr. 63, respuesta a la primera pregunta), es tan inaceptable como que se pretenda declarar, como observado directamente, sobre algo que se escuchó y sobre lo que no se tiene conocimiento directo. A lo sumo la testigo N. podía declarar que esos días en que le recibió la boleta estaba allí la actora, pero extrapolar o inducir de esas

dos ocasiones el horario que la misma laboraba, es directamente una conjetura, que carece de poder convictivo, analizada serenamente. Los dichos de la testigo S. (fs. 64) tienen algún mayor asidero, pero también es dudoso que se encontrara con la actora en el colectivo a la entrada y a la salida todos los días, con lo que sólo puede testimoniar haber coincidido con ella en el colectivo algunas veces, lo que tampoco prueba que se desempeñara en el horario afirmado todos los días durante un largo período.---------- Además, la inidoneidad de la testigo A., fs. 66, es mayor todavía, dado que le comprenden las generales de la ley, lo que ella aceptó expresamente al afirmar que “soy amiga de G. B. Q.”, además de que en la respuesta a la pregunta por la razón de sus dichos, contestó que lo declarado lo sabía “por los dichos de la señora, de mi amiga”. En suma del análisis del testimonio surge la absoluta inhabilidad del testigo, que declara ser parcial desde un comienzo y que, además, luego da una versión surgida de la propia reclamante, lo que transforma su testimonio desde el punto de vista de su convictividad en nulo.---------- De lo expuesto y de las atinadas observaciones del colega preopinante en su voto, surge la falta de apoyatura y razonabilidad del agravio del apelante sobre la apreciación de la prueba testimonial realizada en la instancia de grado.---------- Y, además, es dable recordar que la apreciación de la prueba efectuada por los jueces de grado constituye una decisión tomada por el juzgador en el centro o núcleo mismo de sus facultades, que constituye el ámbito de mayor discrecionalidad y legítimo arbitrio que le concede el ordenamiento, no bastando impugnarlas sobre la base de una opinión distinta sino que debe ensayarse, a su respecto, un ataque frontal, fundado en argumentos hábiles y conducentes, que demuestren el desacierto manifiesto de la resolución (cfr. sentencia de esta Sala, 19/6/08, in re “F., R. D. c/ B. H. S.R.L. Y OTROS s/ Indem. de ley” (Expte. Nº 8936 - F. 124 – Año 2005).---------- Es que si se cuestiona la ponderación realizada por el juzgador de los hechos y pruebas de la causa, aspecto que se encuentra en el núcleo de su legítimo arbitrio, para conmover decisiones tales se requiere, no una opinión distinta del recurrente, sino la demostración acabada del desacierto o absurdo del pronunciamiento (Cám. Civ. y Com. Neuquén, Sala I, 7/5/96, “Colobig, Adalberto c/ Banco de la Provincia del

PAULO EDUARDO KÖNIG
SECRETARIO DE CAMARA

Neuquén s/ Indemn. por incapacidad absoluta", en Juba, base Neuquén, sum. Q0000085; esta Sala, 19/6/08, in re "F., R. D. c/ B. H. S.R.L. Y OTROS s/ Indem. de ley" (Expte. Nº 8936 - F. 124 – Año 2005).---------- El apelante no ha demostrado la existencia de incorrección alguna en la apreciación de la prueba testimonial por el juzgador de grado, lo que sella la suerte de su agravio y de su recurso, el que debe rechazarse.---------- 2) En cuanto al tópico relativo al encuadramiento de la actora en la quinta categoría del servicio doméstico, la resolución de grado ha quedado firme ante la falta de cuestionamiento del tema por el apelante. En tal situación no habiendo ingresado esa temática efectivamente al ámbito revisor de esta alzada, debe tenerse por firme la sentencia en este aspecto, ante la falta de cuestionamiento por parte del recurrente.---------- Por tales razones, coincidentes con las vertidas con solvencia por el Señor Juez preopinante, también de mi parte considero que la sentencia apelada merece ser confirmada en todo cuanto fuera materia de recurso y agravios.---------- Me expido consecuentemente en esta cuestión por la AFIRMATIVA.---------- **A LA SEGUNDA CUESTIÓN** el Dr. Velázquez respondió:---------- Ante el acuerdo antes alcanzado, corresponde confirmar la sentencia apelada en todo cuanto fuera materia de agravio, con costas de segunda instancia a la apelante y regulando los honorarios de los Dres. S. I. G. y J. G. V., por sus tareas profesionales de alzada, en las sumas respectivas equivalentes al 4,50 % y al 3,30 % del monto del proceso que resulte de la liquidación a practicarse en la etapa de ejecución, en la que al capital reclamado en la demanda habrán de añadirse los intereses que él habría devengado hasta la data de esta sentencia, calculados según el tipo utilizado por el B. D. C. S.A. en sus operaciones de descuento.---------- ASÍ LO VOTO.---------- **A LA SEGUNDA CUESTION**, el Señor Juez Doctor Marcelo LÓPEZ MESA, dijo: ---------- El pronunciamiento que corresponde dictar es la confirmación del fallo apelado en todo cuanto ha sido materia de recurso y agravios, conforme propone el Dr. V., lo que constituye un fiel correlato de la decisión del cuerpo formada al expedirnos sobre la primera cuestión.---------- Concuerdo también

con la propuesta del colega preopinante en punto a la imposición de las costas de segunda instancia al apelante vencido en ella y en lo tocante a los honorarios que propiciara regular por las labores profesionales de alzada, pues los hallo proporcionados a la extensión, calidad y eficacia de las realizadas por los letrados actuantes ante esta Cámara (arts. 6, 7, 9, 14, 19, 47 del dec.-ley 2.200).----------

Con lo que se dio por terminado el Acuerdo, dejándose constancia que la presente se dicta por dos miembros por haber coincidencia de opinión (art. 9 de la ley 1130, Textos ley 4550).----------

---------- Trelew, 26 de junio de 2.008.----------

--- En virtud de lo resuelto en el Acuerdo cuya copia antecede, la Sala “A” de la Cámara de Apelaciones de la ciudad de Trelew; pronuncia la siguiente:----------

---------- **S E N T E N C I A**: ----------

--- CONFIRMAR la sentencia apelada en todo cuanto fuera materia de agravio.------- IMPONER las costas de segunda instancia a la apelante.----------

---------- REGULAR los honorarios de los Dres. S. I. G. y J. G. V., por sus tareas profesionales de alzada, en las sumas respectivas equivalentes al 4,50 % y al 3,30 % del monto del proceso que resulte de la liquidación a practicarse en la etapa de ejecución, en la que al capital reclamado en la demanda habrán de añadirse los intereses que él habría devengado hasta la data de esta sentencia, calculados según el tipo utilizado por el B. D. C. S.A. en sus operaciones de descuento.----------

Regístrese, notifíquese y devuélvase.----------

Fdo: CARLOS A. VELÁZQUEZ – MARCELO J. LOPEZ MESA

--- REGISTRADA BAJO EL Nº 43 DE 2.008 – SDL.- Conste.----------