000539/2009

--- En la ciudad de Trelew, a los días de octubre del año dos mil nueve, se reúne la Sala “A” de la Cámara de Apelaciones, con la Presidencia del Dr. Carlos Dante Ferrari y la presencia de los Sres. Jueces del Cuerpo Dres. Marcelo J. López Mesa y Carlos A. Velázquez , para celebrar acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **“M., F. E. c/ M. T. S.A. s/ Diferencia de haberes e indemn. de ley” (Expte. 539 - Año 2009 CANE)** 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. 227.---------- **A LA PRIMERA CUESTIÓN** el Dr. Velázquez expresó: ----------

----I.- La sentencia de primera instancia desestimó la demanda de diferencias salariales e indemnizatorias pretensamente originadas en la asignación al trabajador de una categoría convencional inferior a la de su actuación. Fundó el juzgador su decisión en que las declaraciones testimoniales, por contradictorias entre sí y con los datos consignados en la demanda, no fueron hábiles para demostrar que el actor se haya desempeñado, cual aseveró, como chofer de reparto de la categoría Auxiliar Especializado “B” del C.C.T. 130/75, en lugar de Ayudante de depósito de la categoría Auxiliar “A” de la misma convención colectiva con la que revistara en la empresa.---------

----Apeló tal fallo el perdidoso, fundando su recurso con la pieza de fs. 215/219, donde expuso que las testificales, valoradas en conjunto, son idóneas al indicado efecto. Señaló el apelante que no existen motivos para sospechar que el testigo J. L. P. no haya sido chofer de la empresa, en compañía del demandante y del testigo H. A. A., ni es extraño que aquél dudara sobre la marca del automotor que conducía, pues en las mismas confusiones incurrieron varios otros deponentes, ni es relevante que atribuyera al actor la realización de recorridos distintos a los alegados en la demanda. Respecto del testigo H. A. A., expuso que el mismo fue presencial de los hechos sobre los que declaró, precisando que el actor era efectivamente chofer y demostrando conocer los horas de labor y recorridos que cumplía. Probado así el desempeño del trabajador como conductor, la reclamación debía prosperar allende que también desarrollara otras tareas en el depósito de la empleadora, toda vez que, de acuerdo al art. 16 del C.C.T. 130/75, a los empleados que cumplen labores propias de más de una categoría convencional corresponde asignarles el sueldo de la mejor remunerada.----------

----Dicho informe de agravios recibió la réplica de fs. 221/223 vta.- ----------

----II.- Mal grado su esfuerzo argumental, no logra el recurrente hacer mella en la apreciación de la prueba testifical llevada a cabo por el Señor Magistrado “a quo”.--------

----La coincidencia de los declarantes J. L. P. y H. A. A. en atribuir al actor la calidad de chofer de la empresa no basta para dar por cierto ese hecho. Cual advirtiera Gorphe, la concordancia es nada más que el umbral de la crítica a los testimonios, siendo necesario además para que produzcan convicción que satisfagan los pautas

apreciativas necesarias, pues de lo contrario, ni cada testimonio en particular ni el conjunto de ellos, tendrá eficacia probatoria (“La crítica al testimonio”, Reus 1962, págs. 39, 40, 48).- ----------

----El testigo J. L. P. ha mostrado en su declaración una muy dispar memoria, pues recordó con precisión circunstancias que hacían al desempeño del actor, mientras que, en cambio, no pudo precisar las datas de su propio ingreso y egreso al empleo en la empresa demandada (fs. 58/vta., resps. a la preg. 2da. y a la repreg. 1era.), lo que torna sospechosa su declaración. Es que, como regla, el interés personal en el hecho percibido suele conservar mejor el recuerdo, de manera que lo esperable en este deponente era que guardara más exacta memoria de hechos personales, cumplidos por él, que de otros que no eran de su estricta incumbencia (confr.: Devis Echandía, “Teoría general de la prueba judicial”, 5ta. ed., II-258). Esa falta de una capacidad memorativa normal, esa disparidad entre recordar con seguridad unos sucesos ajenos y dudar sobre otros más vinculados al testigo, resta eficacia a los dichos del declarante (confr.: C.N. Civ., sala F, Rep. L.L. XXXVII-1257, sum. 40; esta sala c. 21.129 S.D.L. 19/06, c. 22.274 S.D.L. 58/07). Tocante a que la demandada, al tachar al deponente a fs. 65, no haya desconocido su calidad de chofer, señalaré que tampoco reconoció allí que lo fuera.- ----------

----En cuanto al testigo H. A. A., a la primera lectura del acta de su declaración salta a la vista la descabellada versión que brindara sobre las distancias recorridas a diario por los choferes de la empleadora. Según el dicente, los lunes, miércoles y viernes, en que viajaban a la ciudad de Rawson por la mañana y repartían por la tarde mercaderías en esta ciudad de Trelew, transitaban 600 km. diarios; los martes y jueves, en que recorrían las zonas de Gaiman, Dolavon y 28 de Julio por la mañana y la de Trelew por la tarde, 1.000 km.; los sábados, durante los cuales efectuaban únicamente repartos en Trelew, 400 km. (fs. 191, resps. a las pregs. 4ta. y 8va.) Añadió luego el deponente que para cubrir esas distancias llegaban a efectuar cuatro viajes por día a la zona del valle inferior del Río Chubut (fs. 191 vta., resp. a la repreg. 7ma.). Es hecho público y notorio del que pueden los jueces hacer mérito de oficio, porque entra en el conocimiento, en la información fácilmente asequible para todos los individuos de la comunidad a poco que se lo investigue (confr.: Rosenberg, “Tratado de derecho procesal civil”, trad. de Romero Vera, ed. EJEA 1955, II-218/219; Micheli, “La carga de la prueba”, trad. Sentís Melendo, ed. EJEA1961, pág. 119), que la distancia que se separa a las ciudades de Trelew y Rawson no llega a los 20 km., mientras que la mediada entre la primera y la localidad de 28 de Julio es algo inferior a 50 km. Así el viaje “redondo” en un caso sería de unos 40 km. y en el otro de alrededor de 100 km. A razón de cuatro viajes diarios tendríamos 160 km. y 400 km. respectivamente, muy lejos de los 600 y 1.000 km. indicados por el testigo, quien parece padecer de graves fallas en su memoria o en su capacidad de captación de la realidad sensible. Como el juez no está vinculado al testimonio de terceros si el hecho narrado resulta físicamente imposible o inverosímil, no podrá

reconocer al testimonio credibilidad alguna (confr.: Devis Echandía, opus cit., II-138, “t”; este tribunal, c. 21.647 S.D.L. 11/07).----------

----Me he detenido hasta aquí a evaluar los testigos individualmente y concluyo que ellos no son fiables por defectos en su capacidad de retentiva o de percepción. No aumenta la credibilidad de ellos la apreciación en conjunto, relacionando una declaración con la otra, cual corresponde hacer en esta clase de prueba (art. 386 C.P.C.C., su doc.; este cuerpo, c. 20.644 S.D.L. 50/05, c. 20.692 S.D.L. 54/05, c. 21.129 S.D.L. 19/06). En efecto, se advierten graves disparidades entre los testimonios analizados. Así, mientras según J. L. P. él era el chofer encargado de efectuar los repartos en la zona de Rawson y Playa Unión, en tanto el actor sólo lo hacía en el ámbito de la ciudad de Trelew (fs. 58/vta., resps. a la preg. 6ta. y a la repreg. 3era.), H. A. A. manifestó que el actor se encargaba de todas las zonas (fs. 191, resp. a la preg. 4ta.).----------

----Nítida también es la contradicción de los dicentes a propósito de la identidad de los choferes empleados por la empresa. J. L. P. cito dos conductores, él y el demandante (fs. 58, resp. a la preg. 1era.). H. A. A. por el contrario afirmó la existencia de tres vehículos y dos choferes, que lo eran el dicente y el actor (fs. 191 vta., resp. a la repreg. 2da.). La existencia de un tercer automotor no conduce a presumir que hubo un tercer chofer olvidado por los deponentes, pues lo aclara el testigo M. R. A. al indicar que en ocasiones concurría a Trelew una camioneta Renault que pertenecía a la sucursal de la firma de Puerto Madryn (fs. 59, resp. a la repreg. 1era.). Y, a pesar de los sostenido por el recurrente en su pieza de agravios, no pudo haber una sustitución de los pretendidos compañeros conductores del actor. Nótese que J. L. P., según él afirmara, se habría desempeñado a todo lo largo del mismo período en que el demandante alegó haber laborado, en tanto sostuvo que ellos ingresaron y egresaron del empleo “casi juntos” (fs. 58, resp. a la preg. 2da.), esto es que P. se habría desempeñado de julio de 2006 a junio de 2007. H. A. A. por su lado dijo haber egresado de la empresa en el mismo tiempo que el actor (fs. 191, resp. a la preg. 6ta.) A tenor de esas declaraciones parecería que para el momento final de las relaciones laborales deberían haber existido tres choferes, pero los dos testigos manifestaron que los conductores eran dos.----------

----Carentes de credibilidad los testigos, no cabe tener por acreditada la labor del actor como chofer y con ello que le correspondiera la categoría convencional de Auxiliar Especializado “B”, sustento fáctico de su pretensión. En cuanto a la aplicabilidad del art. 16 del C.C.T. 130/75, ausente se halla el requisito insoslayable para subsumir el caso presente en esa norma, pues no se demostró, vengo de expresarlo, el desempeño del trabajador en funciones propias de dos categorías distintas.- ----------

----III.- Las razones expuestas me llevan a proponer la confirmación de la sentencia apelada en todo cuanto fuera materia de agravios, con costas de segunda instancia al recurrente vencido en ella (art. 59 de la Ley 69) y regulando los honorarios de los Dres. A. M. S. y L. C. B., por sus tareas de alzada y vista la extensión, calidad y resultado de

ellas, en la sumas respectivas de $ 630 y de $ 300 (arts. 6, 7, 9, 14, 19 del Dec.-ley 2.200).- ----------

----Me expido en esta cuestión entonces por la AFIRMATIVA.----------

--- **A LA PRIMERA CUESTIÓN**, el Sr. Juez de Cámara Dr. Marcelo López Mesa expresó:---------- -------

--- Que las cuestiones fácticas han sido suficientemente referidas por el distinguido colega de primer voto, motivo por el cual no abundaré en ellas, dando por reproducidos aquí los desarrollos efectuados al respecto por el Dr. Velázquez. Me concretaré, para el sustento individual de mi voto, a analizar los aspectos traídos a revisión de esta Sala.----

--- Que ingresando a su tratamiento, debo decir inicialmente que la declaración coincidente de los testigos J. L. P. (cfr. fs. 58/vta.) y H. A. A. (cfr. fs. 191) respecto de afirmar la calidad de chofer del actor en la empresa demandada no resulta suficiente para tener por acreditado tal extremo, ni menos aún, las circunstancias de su desempeño.----------

--- Tales testimonios no poseen virtualidad convictiva en este caso. Es que el testigo P. adolece en su deposición de una memoria llamativamente despareja, al recordar con toda claridad y detalle extremos de hecho relativos al desempeño del actor para la demandada, no recordando en cambio los suyos propios, como fecha de su ingreso y egreso a trabajar para la demandada (cfr. fs. 58/vta., respuesta a la segunda pregunta y a la primera repregunta). Ello descalifica su declaración, al levantar dudas sobre su confiabilidad.----------

--- No es razonable que alguien no recuerde sus propias circunstancias, las que debiera conocer cabalmente y, en cambio, recuerde con toda precisión datos de terceros. Esta disparidad echa sombras espesas sobre sus dichos, que les quitan su eficacia convictiva.----------

--- En cuanto al testigo A., su testimonio tampoco es admisible, dado que en él brinda datos que no son coherentes con la realidad. No puede obviarse de su declaración que conforme al declarante, los días lunes, miércoles y viernes, el actor viajaba a la ciudad de Rawson por la mañana y repartía por la tarde mercaderías en Trelew; los martes y jueves, recorrían Gaiman, Dolavon y 28 de Julio por la mañana y Trelew por la tarde y; los sábados, efectuaban repartos en Trelew (cfr. fs. 191, respuesta a la pregunta cuarta). Relata luego que el Sr. M. realizaba en el reparto descripto supra un recorrido de 400 km los sábados; los lunes, miércoles y viernes de seiscientos km y martes y jueves de mil kilómetros (cfr. fs. 191, respuesta a la octava pregunta).----------
---

--- El relato es inverosímil, dado que, por ejemplo, resulta imposible recorrer cuatrocientos kilómetros diarios los sábados en la ciudad de Trelew solamente, máxime cuando se está haciendo un reparto. De tan absurda la cifra ni siquiera deben darse magnitudes concretas para rebatirla. Por otra parte, basta dos datos para mostrar la desproporción de tal cifra: si la velocidad máxima en ciudades es de 40 Km. en

avenidas, recorrer 400 kilómetros a velocidad reglamentaria le insumiría al actor diez horas, sin detenerse en ningún momento, ni en semáforos ni en repartos. La desproporción de tal cifra incluso se acredita con los dichos de la demanda, ya que el actor manifiesta que los sábados realizaba 400 Km mensualmente, esto es, cien kilómetros por cada sábado (cfr. fs. 5vta).----------

--- También resulta desproporcionada la afirmación del testigo de que el actor recorría mil kilómetros diarios cada martes y jueves. En la demanda, el actor afirma que recorría tres mil kilómetros mensuales en total, lo que lleva a descartar los dichos del testigo por inverosímiles, incluso a tenor de las propias manifestaciones de la demanda.----------

--- Es más el propio testigo echa más dudas todavía sobre su “ajenidad” o “extraneidad” a esta litis, al afirmar que él se hallaba en idéntica situación a la del actor, pero que no inició la demanda (cfr. fs., 191/vta.).----------

--- Ambos testigos, resultan así objetables y su poder convictivo nulo, con lo que sus declaraciones no pueden ser tenidas en cuenta, al no ser fiables, sea en un caso por una llamativa disparidad de retención cognitiva y en otro por la desproporción y mendacidad absoluta en los guarismos dados como recorridos diariamente, en recorridos inverosímilres que multiplican varias veces los propios dichos de la demanda.

--- Ello basta para apartar su testimonio al momento de apreciar esta litis. Desplazados tales testimonios, inverosímiles por lo visto y descartables a tenor de lo dispuesto por el art. 386 CPCyC, ceden las manifestaciones del actor en su demanda, las que no pueden tenerse por acreditadas, por lo que su pretensión carece de andamiento.----------

--- En cuanto a la aplicabilidad del art. 16 del Convenio Colectivo 130/75, no habiéndose demostrado el desempeño del actor como chofer de la empresa, le falta a este caso uno de los requisitos inexcusables para su encuadramiento en esa norma convencional, al no haberse probado el desempeño del actor en funciones propias de dos categorías distintas, núcleo fáctico requerido para la aplicación de esa norma.----------

--- Por tales fundamentos, habré de acompañar la propuesta del Dr. Velázquez de confirmar el decisorio impugnado en cuanto fuera materia de recurso y agravios, imponiéndose las costas de alzada a la apelante vencida en esta instancia (cfr. art. 59, Ley 69). También propiciaré la regulación de los emolumentos devengados en la alzada por el Dr. A. M. S. en la suma de en la sumas de pesos seiscientos treinta ($ 630) y los de alzada correspondientes al Dr. L. C. B., en la suma de pesos trescientos ($ 300), determinaciones que efectúo teniendo en mira la trascendencia, extensión, calidad y resultado de las respectivas tareas cumplidas en la alzada (art. 6, 7, 9, 14, 19, 47, Ley 2.200).----------

--- Por los fundamentos expuestos supra, a la primera cuestión, VOTO POR LA AFIRMATIVA.----------

--- **A LA SEGUNDA CUESTIÓN** el Dr. Velázquez respondió:----------

----Ante el acuerdo al que arribáramos, corresponde confirmar la sentencia apelada en todo cuanto fuera materia de agravios, con costas de segunda instancia al recurrente y

regulando los honorarios de los Dres. A. M. S. y L. C. B., por sus tareas de alzada, en la sumas respectivas de $ 630 y de $ 300.- ----------

----ASÍ LO VOTO.- ----------

--- **A LA SEGUNDA CUESTIÓN**, el Sr. Juez de Cámara Dr. Marcelo López Mesa expresó: ----------

--- En vista del acuerdo arribado precedentemente, el pronunciamiento que corresponde dictar es el que propone el Dr. Velázquez en su voto a esta cuestión. ----------

--- Tal mi voto.---------- -------

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

--- Trelew, de octubre de 2.009.----------

--- 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 agravios.--

--- IMPONER las costas de segunda instancia al recurrente.----------

--- REGULAR los honorarios de los Dres. A. M. S. y L. C. B., por sus tareas de alzada, en la sumas respectivas de $ 630 y de $ 300.----------

---

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

----REGISTRADA BAJO EL Nº _____ DE 2.009 – SDL.- Conste.----------

PAULO EDUARDO KÖNIG
SECRETARIO DE CAMARA