000589/2009

--- 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. Marcelo J. López Mesa y la presencia del Sr. Juez del Cuerpo Dr. Carlos A. Velázquez, para celebrar acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **“P. G. F. c/ P. y B. S.A. s/ Cobro de pesos - laboral” (Expte. 589 - 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. 144.----------

---

----**A LA PRIMERA CUESTIÓN**, el Señor Juez de Cámara Doctor Marcelo López Mesa, dijo: ----------

--- Que a fs. 108/112 la Sra. Juez de grado falló esta causa, haciendo lugar parcialmente a la demanda promovida por la Sra. G. F. P., condenando a P. y B. S.A. a abonarle, previo los descuentos legales pertinentes, la suma que se determinen las partes o los peritos designados en la etapa de ejecución de sentencia, dentro del quinto día de determinada la misma. Se impusieron las costas a la actora en un 30% y a la demandada vencida en un 70%, regulándose los honorarios de la Dr. J. F. –letrada apoderada de la actora- en un 18% y para el Dr. J. G., letrado apoderado de la parte demandada en un 17%, todos con más el IVA si correspondiere.----------

---

--- Que a fs. 115 la demandada apela dicho decisorio, siendo concedido su recurso a fs. 116 y fundado a fs. 118/121.----------

--- Se agravia la parte demandada apelante en cuatro ítems, a saber: 1) Determinación indebida de extensión del contrato a tiempo parcial con condena a pago de jornadas completas no solicitadas en la demanda; 2) Aplicación de una convención colectiva ajena a la relación laboral entre las partes y condena consecuente extra petita al pago de diferencias salariales no solicitadas en la demanda; 3) Contradicción de la misma sentencia con designación de categorías gastronomitas (maitre y mozo mostrador-vendedor) y 4) Condena al pago de horas extras sin justificación, extendiendo además el tiempo de vinculación. Respecto del primer agravio refiere la demandada que no es debatido el hecho de que la actora haya ingresado a laborar como moza en el Sector confitería del Casino en relación de dependencia a tiempo parcial con la misma desde el día 16/12/05 hasta junio de 2006. Refiere que de los dichos de los testigos P. y P. se desprende claramente que la actora laboraba durante 18 dias al mes y con jornadas de ocho horas, testimonios que fueron descartados e ignorados respectivamente por la a quo, a su entender sin ninguna regla procesal o hecho objetivo que permitiera dicho obrar. Aduce que la sentenciante dio credibilidad a los dichos de la testigo B., los cuales fueron mendaces o se encontraba confundida la misma al deponer. Continua diciendo que si bien en la demanda se dice que P. trabajaba la semana completa, no se asevera

lo mismo respecto del mes, es decir, trabajaba 18 días de corrido al mes con los francos incluidos, además de que según todos los testigos el horario de cierre de sala era 3:30, 4:00 horas, por lo que la mención de cierres mas tardíos y horas extras son inconsistentes. Sigue agraviándose por cuanto la condena de jornada completa entiende es extra petita, por no estar solicitada por la actora en el escrito de demanda. Al segundo agravio lo ataca por cuanto en la litis no se introdujo si se debía aplicar un convenio ajeno al que rigió el contrato de trabajo de las partes en conflicto, pero que, sin petición de las partes, sin un análisis concreto de los encuadramientos de personal y fuera de la competencia atribuida por las leyes, al sentenciante de grado modificó la aplicación de las normas convencionales que rigieron la relación laboral. Manifiesta el recurrente que dicha relación comenzó, transcurrió y finalizó en el marco del CCT Nº 130/75, e indica que solo se hizo una vaga mención en la demanda a un posible encuadre de la relación en el CCT Nº 389/04, siendo éste último el que utilizó la jueza de grado anterior para encuadrar la premencionada relación laboral. Por último respecto de este agravio hace mención a que la mencionada magistrada actuó fuera de su competencia por cuanto el art. 59 de la ley 23551 otorga competencia exclusiva en las cuestiones de encuadramiento gremial al Ministerio de Trabajo de la Nación, con apelación a la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo. Cita doctrina. El tercer agravio hace referencia a las contradicciones que existen entre las distintas partes de la sentencia respecto de la categoría que revestía la actora. En el considerando II se expresó que en una primera etapa trabajó como moza y luego como mozo de mostrador – vendedor, para luego en el considerando V se dispuso que las diferencias deben calcularse con la categoría maitre, ello sin perjuicio de que tampoco se solicitó en la demanda que se determine que categoría revistaba la hoy actora, fallando aquí también la a quo extra petita. Por último, y como cuarto agravio, manifiesta que la actora no demostró haber estado privada de los francos semanales, basándose en los dichos de los testigos de los que surge que todos los empleados tenían su franco semanal compensatorio. Como ultima observación hace ver que, sin perjuciio de ser una arbitrariedad manifiesta de la sentenciante de grado la determinación de que la actora no gozó de francos compensatorios, existe contradicción entre lo peticionado y los dispuesto, por cuanto otorgó 15 horas extras cuando debieron ser 12 y además agregó dos semanas de seis horas extras que no habían sido solicitadas. Finalmente solicita se abrogue la sentencia respecto del pago de diferencias salariales y adecue a derecho el ítem horas extras.----------

--- Que a fs. 129/134 y vta. la parte actora contesta los agravios de la demandada. Respecto del primer agravio refiere que de los dichos de los testigos se ha acreditado las tareas que realizaba la Sra. P., que las mismas se realizaban a tiempo completo y que la mencionada no gozó de los francos los primeros 4/5 meses de labor. Al segundo agravio contesta que la demandada registró la relación en una categoría labora y conforme a un convenio colectivo distinto al real habido entre las partes, tal como

reconoce la actora en la contestación de demanda de que las tareas realizadas por la Sra. P. de ninguna manera podrían encuadrarse dentro del CCT 130/75. A raíz de ello es que la jueza debe desentrañar las características de la relación laboral, de manera de dar preeminencia al principio de primacía de la realidad. Intenta rebatir el tercer agravio alegando que las diferencias salariales reclamadas lo fueron en carácter de liquidación provisoria, y siendo que de las probanzas de autos surge la diferencia de categoría que revistaba la actora, el pago de dichas diferencias. Al cuarto y último agravio lo ataca por cuanto, dice, con los testimonios obrantes en autos ha quedado demostrado que la actora no gozaba de los francos semanales compensatorios, resaltando el testimonio de G. que refiere que menciona que la accionante trabajaba todos los días y tenia franco cada diez días o dos semanas. Concluyendo solicita se rechacen los agravios vertidos por la demanda y se confirme la sentencia de primera instancia.----------

--- Ingresando al tratamiento de los agravios traídos a revisión de esta Sala, mantendré el orden dado por el recurrente a sus cuestionamientos. Así, respecto del primer agravio, por el que pretende el recurrente cuestionar la apreciación de la prueba efectuada en el grado, debo decir que el cuestionamiento deviene inatendible, no logrando conmover la sentencia de grado en este tópico.----------

--- Es que, cabe recordar que en multitud de fallos, a través de mi voto, esta Sala ha decidido 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 (mi voto en sentencias de esta Sala del 13/10/09, in re "J., C. D. c/ P. P. S.A. s/ Cobro de pesos" (Expte. 325 - Año 2009 CANE); ídem, del 12/11/08, in re "L., A. c/ S., R. s/ Cobro de pesos" (expte. 117, año 2008); ídem, 4/4/08, "P. V. c/ M. H. O. s/ Dif. de hab. e indem. de ley" (Expte. N° 22.785 - Año 2008); Ídem, del 19/6/08, in re "F., R. D. c/ B. H. .R.L. y otros s/ Indem. de ley" (registrada como SDL 38/08); ídem, 18/6/2008, "V. L. N. y otro c/ “X” S.C.T.T.L. s/ dif. de haberes e indem. de ley", registrada bajo el Nº 36 DE 2.008 – SDL); ídem, 7/8/08, "G., N. F. c/ P., R. L. y/o q. rte. resp. laboral de E. T. s/ Indem. de ley", registrada al Nro. 50 de 2008 SDL; ídem, 8/9/06, "S., J. G. c/ S. I. A. S.R.L. s/ cobro de pesos - laboral", registrada bajo el Nro. 56 DE 2.008 – SDL; ídem, 20/9/08, "S. M. C. C. R. S. Cobro de Haberes e Indemnización de ley" (Expte. N° 22.915 - Año 2008, registrada bajo el Nº 61 de 2.008 – SDL; ídem, 23/9/08, A., S. A. c/ S., H. y otro s/ cobro de pesos – laboral" (Expte. n° 22.806 - año: 2008, registrada bajo el Nº 59 de 2.008 – SDL; ídem, 21/8/08, "F., M. c/ B., O. H. y Otros s/ Cobro de Haberes e Indem. de Ley" (Expte. n° 22.863 - año: 2008, registrada bajo el Nº 54 de 2.008 – SDL; en igual sentido, Cám. Civ. y Com. Neuquén, Sala I, 29/2/96, "Aravena Bastias, Fernando c/ UCASA s/

Accidente", en Juba, base Neuquén, sumario Q0000046).----------

--- El apelante pretende demostrar que es caprichosa la selección y apreciación de la prueba efectuada por la juez de grado, cuestionando por qué prefiere unos testigos sobre otros, pero sus afirmaciones son subjetivas y carecen de incidencia para la suerte de la litis, a tenor de lo dispuesto por el art. 9, Ley 20744. El apelante desovilla una serie de declaraciones que pretende hacer militar a favor de su parte, pero no logra edificar a partir de ellas un cuestionamiento de la apreciación sentencial que descalifique a ésta y que demuestre su falta de objetividad, su desacierto manifiesto o su iniquidad. A lo sumo patentiza su agravio que las declaraciones de los testigos están divididas y que existe prueba contrapuesta.----------

--- Frente a ello cabe recordar que el art. 9 de la ley 20744 modificado por Ley 26.428, sancionada en Noviembre 26 de 2008 y promulgada de hecho el 18 de Diciembre de 2008, edicta que "*En caso de duda sobre la aplicación de normas legales o convencionales prevalecerá la más favorable al trabajador, considerándose la norma o conjuntos de normas que rija cada una de las instituciones del derecho del trabajo.*-------

--- ***Si la duda recayese en la interpretación o alcance de la ley, o en la apreciación de la prueba en los casos concretos, los jueces o encargados de aplicarla se decidirán en el sentido más favorable al trabajador***".----------

--- El último párrafo decide este agravio en contra del recurrente, dado que el apelante no ha logrado aquí demostrar que la parte de prueba favorable a la actora sea menos valedera que la que no respalda sus dichos, con lo que al menos existe una duda razonable sobre la certidumbre de su derecho, lo que a tenor del último párrafo del art. 9 de la LCT modificada, salda la cuestión en favor del obrero. Ello así, carece de incidencia en autos este agravio y sus fundamentos, dado que no logra el mismo deshacer la duda que, al menos, surge de la lectura detenida de toda la prueba de autos y esa duda debe saldarse a favor del trabajador (art. 9, Ley 20744), lo que torna innecesario ingresar detenidamente al análisis de cada testimonio, ya que con el régimen vigente en la materia con la duda basta para acceder al reclamo del operario.---

--- En tal situación propongo el rechazo del agravio.----------

--- En cuanto al segundo agravio, propondré también su rechazo, aunque por otros motivos. El apelante se queja de la violación del principio de congruencia en cuanto al encuadramiento convencional de la actividad de la actora, pese a aceptar a fs. 119 que existe un párrafo en la demanda que cuestiona el encuadramiento convencional en que fuera colocada la actora. En realidad se trata de dos párrafos, uno que describe las actividades y otro que cuestiona el encuadramiento. Dichos párrafos de la demanda expresan que "*Las principales tareas a su cargo consistían en atender las mesas, el guardarropas, preparar café y bebidas en general, atender la barra, llevar almuerzo y cena al personal del casino, limpiar la confitería, vajilla, elementos de trabajo, etc. Resulta evidente que las referidas labores se encuentran reguladas por el Convenio*

Colectivo de Trabajadores Gastronómicos, no obstante lo cual la accionada enmarcó la relación en el Convenio Colectivo de los Empleados de Comercio 130/75, conforme surge de los recibos de haberes acompañados".----------

--- No alcanzó a entender en qué sentido el recurrente entiende violado el principio de congruencia, cuando existen dos párrafos así en el reclamo de su contraparte, que habilitan al juez a expedirse sobre el encuadramiento, como que no se requieren expresiones formales o sacramentales para ello, bastando con que el thema decidendum haya sido incorporado a la litis, como lo fue.----------

--- Pero existe un argumento más fuerte para disponer el rechazo del agravio: la sentencia está firme en esta aspecto por falta de cuestionamiento. La Sra. Juez de grado a fs. 109 expresa que *"Comenzaré el análisis señalando que asiste razón a la parte actora en cuanto al convenio colectivo aplicable. Ello así, en primer lugar, porque pese a las protestas de la demandada, fue ella misma quien asignó a la actora una categoría profesional "moza" no contemplada en el convenio de empleados de comercio. Sí, obviamente en el de gastronómicos pretendido por la actora. La contradicción no es disculpable, a poco que se advierta que con tal proceder se desconoce a ciencia cierta qué remuneración convencional liquidó a P.".*----------

--- Este fundamento central o piedra basal de la decisión relativa al encuadramiento no fue cuestionado en ningún segmento del recurso por el apelante, quien lo dejó incólume.----------

--- Concretamente, la Sra. Juez a quo hizo lugar al reencuadramiento de la actora en virtud de la doctrina de los actos propios, es decir, echando mano a una contradicción existente en la conducta de la accionada. Y así lo dijo expresamente, fundamento no atacado por la apelante, que ha producido que la resolución impugnada adquiera firmeza en este punto.----------

--- Es dable recordar que esta Sala, a través de mi voto, ha dejado sentado que el ataque recursivo debe ser frontal, preciso y completo, pues las aseveraciones subjetivas, los ataques parcializados, dejan incólumes las bases de sustentación de la sentencia atacada y, de rondón, producen que la misma adquiera firmeza, al quedar en pie bases suficientes para que ésta permanezca en vigor y con plenos efectos. Cuando una sentencia tiene varios argumentos que le sirven de puntos de apoyo, si el apelante no embate contra todos ellos o deja alguno sin impugnación adecuada y él es apto para sustentar por sí el decisorio, éste adquiere firmeza (cfr. Esta Sala, según mi voto, decisión del 29/05/09, in re "C., E. O. c/ C. S.A. S/ cob. de hab. e indem. de ley" (Expte. 243 – Año 2009). ----------

--- Agregué allí que el recurso de apelación no es una competencia artificiosa de saberes abstractos, pareceres subjetivos o sagacidades vanas, entre un juez recurrido y un apelante. El recurso de apelación tiene por objeto la revisión de legalidad, de razonabilidad, de constitucionalidad y de suficiencia argumental de un pronunciamiento. No se trata de analizar por su conducto si había mejores argumentos a la mano en la

temática abordada o si algunos de los utilizados eran deficientes –incluso equivocados- o si el juez cometió un déficit argumental en alguna de sus vigas maestras. ----------

--- Y que lo que debe el recurrente realizar es un análisis preciso, orientado a la praxis y no a la argumentación teórica de por qué la totalidad de los argumentos empleados por el juez para justificar la solución del punto impugnado por el apelante son erróneos, o insuficientes o, incluso, farisaicos. Pero, bien entendido, que dejar alguno de ellos –con aptitud suficiente para sustentar debidamente el tópico- en pie, implica el naufragio de su recurso que, como dije, no está orientado a una puja de saberes abstractos sino a la demostración de vicios o yerros de gravedad que demuestren el desacierto o la incorrección grave y manifiesta de lo resuelto, al punto de mostrar al decisorio indigno de adquirir firmeza en ese punto. Por ende, el cuestionamiento que debe intentarse a través de este recurso debe ser sustancialmente relevante y procesalmente correcto. Nada que no llene esos dos recaudos alcanza para la admisibilidad y procedencia del ataque (cfr. Esta Sala, según mi voto, decisión del 29/05/09, in re "C., E. O. c/ C. S.A. S/ cob. de hab. e indem. de ley" (Expte. 243 – Año 2009).----------

--- En palabras del maestro ALSINA, *“La expresión de agravios no es una simple fórmula carente de sentido, sino un análisis razonado de la sentencia, punto por punto, y una demostración de los motivos que se tienen para considerar que ella es errónea”* (ALSINA, Hugo, “Tratado teórico-práctico de derecho procesal civil y comercial”, 2ª edición, Edit. Ediar, Bs. As., 1961, T. IV, p. 391). ----------

--- Y conforme enseña ACOSTA, con cita de Costa, “*Aquellas partes del fallo que no son objeto de crítica e impugnación quedan consentidas. Omitir una cuestión equivale a excluirla de la apelación*” (ACOSTA, José V., “Procedimiento Civil y Comercial en segunda instancia”, Edit. RUBINZAL Y CULZONI, Santa Fe, TOMO 1, p. 210). ----------

--- Y en el caso que nos ocupa, el recurrente en primer lugar ha reconocido que la contraria introdujo el tema en su demanda y, peor, no ha cuestionado el fundamento que asigna a la propia incuria de su parte el progreso de la pretensión de su contraria. Ergo, el agravio carece de los recaudos para prosperar, habiendo adquirido firmeza el argumento sentencial no impugnado y siendo hábil él para sustentar el decisorio ene este punto, corresponde hacer a un lado el agravio.----------

--- En cuanto al tercer y cuarto agravio, soy de la opinión que los mismos deben declararse desiertos, toda vez que no llenan las exigencias técnicas que el art. 265 CPCyC establece como umbral de admisibilidad de la impugnación. El tercer agravio en su último párrafo se remite al agravio anterior, que ya fue descartado por falta de impugnación correcta de su piedra de toque o idea-fuerza y en su único párrafo anterior, se limita a intentar poner en contradicción los dichos de la magistrada de grado sin lograrlo y sin demostrar tal dicotomía. ----------

--- En cuanto al cuarto agravio, pasa algo parecido al segundo: el recurrente ha dejado incólume el argumento central de la a quo, consistente en aplicarle a su parte la teoría

de las cargas probatorias dinámicas y la falta de adjunción de documental que se le intimara y "*que podía haber arrojado luz sobre los hechos controvertidos*". ----------

--- El intento del recurrente de cuestionar la apreciación de la prueba efectuada por la a quo, de pretender que existen errores no salvados en un acta de audiencia que dice algo distinto de lo que él pretende, choca contra el hecho evidente de que no se ha hecho cargo de la afirmación sentencial básica de que la carga de la prueba le correspondía a él y al no haberla cumplido, se le responsabiliza por ello. Sobre ese aspecto nada dijo el recurrente, con lo que su intento de desvirtuar una afirmación sentencial distinta a la basal, carece de incidencia para la suerte de la litis en esta instancia. Lo expuesto permite comprobar que ambos agravios no cumplen a cabalidad las exigencias del art. 265 CPCyC, con lo que a su respecto procede la aplicación del art. 266 CPCyC, y la deserción de los mismos, lo que propongo al Acuerdo. ----------

--- Por las razones expuestas, considero que la sentencia apelada merece ser confirmada en todo cuanto fuera materia de recurso y agravios, con costas al apelante vencido (art. 59, Ley 69).--------- ----------

--- En cuanto a los honorarios profesionales correspondientes a esta alzada, propiciaré su regulación en las siguientes alícuotas: para la Dra. J. L. F., apoderada del actor, en el 4,86% del monto del proceso que se establezca en la liquidación a practicarse en la etapa de ejecución y para el Dr. J. G., letrado apoderado de la accionada, el 4,30% de dicho monto, porcentajes que se justifican en atención a la extensión, mérito, calidad y resultado de las respectivas tareas cumplidas en la alzada (art. 6, 7, 9, 14, 19, 47, Ley 2.200).---------- ----------

--- Por lo anteriormente expuesto, me expido consecuentemente en esta cuestión por la AFIRMATIVA.---------- ----------

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

----Suficientemente reseñados ya por el colega preopinante los antecedentes del caso y los agravios expresados por la apelante, a la tal síntesis me remito en homenaje a la brevedad. Pasaré pues a ocuparme de las cuatro quejas expuestas.----------

----I.- Analizado el escrito de demanda en su íntegro contexto, de él surge que la actora alegó haber laborado a tiempo completo, pues afirmó trabajar de lunes a lunes sin descansos compensatorios (fs.19 vta., párr. 1° y fs. 20, párr. 5°). El único apoyo para la versión de la labor a tiempo parcial de diciembre de 2005 a febrero de 2006 que la demandada trajera es el instrumento de fs. 31, mas la autenticidad del mismo fue desconocida a fs. 36 sin que luego fuera acreditada mediante el cotejo respectivo, con lo cual mal cabe tenerlo por veraz.----------

----Así pues, para determinar la extensión de las jornadas no quedó a la Señora Jueza "a quo" otro elemento de juicio que la prueba testimonial rendida, contradictoria en verdad porque mientras las declarantes L. M. B. y E. R. G. avalaron las alegaciones de la demandante al respecto, los dicentes V. A. P. y J. D. P. suministraron datos acordes con las manifestaciones de la demandada.----------

----Como repetidas veces declaráramos desde este tribunal, cuando las versiones suministradas por distintos testigos colisionan entre sí han de primar aquellos que aporta mayor fuerza de convicción (art. 386 C.P.C.C., su doc.; c. 19.084 S.D.L. 52/03, c. 22.230 S.D.L. 49/07, c. 22.322 S.D.L. 66/07, c. 276/08 S.D.L. 7/09) y en verdad en el subexamen la exhibe en más alto grado las declaraciones de las dos primeras indicadas.- ----------

----En efecto, ni L. M. B. ni a E. R. G. le comprenden las generales de la ley ni como dependientes de la demandada ni como acreedoras suyas (art. 441 inc. 5° C.P.C.C.), toda vez que al momento en que depusieron habían dejado de ser empleadas de la empresa y manifestaron que nada les debía esta última (fs. 71, resp. a las grales. de la ley y fs. 72, resp. a la repreg. 3era.; fs. 75, resp. a las grales. de la ley). Ellas dieron fe de la extensión horaria de la labor de la actora e informaron acerca de la insuficiencia de los francos, brindando a la par coherente y circunstanciada razón de su dichos (fs. 71 vta. Y 75/vta., resps. a las pregs. 2da. y 3era.).- ----------

----Tocante a los testigos arrimados por la empleadora, sus dichos no aparecen en cambio revestidos de fuerza convictiva. A ambos le comprenden las generales de la ley como dependientes que son de la demandada que ofertara su testimonio, lo que conduce a una apreciación severa de sus declaraciones (fs. 74 y 77, resps. a la preg. 1era.; arts. 386, 441 inc. 5° C.P.C.C.; este tribunal, c. 19.628 S.D.L. 39/04, c. 21.384 S.D.L. 36/06, c. 21.472 S.D.L. 40/06, c. 22.779 S.D.L. 46/08). Y en trance de llevar a cabo tal valoración estricta hallamos que la deponente V. A. P. sostuvo que el trabajo mensual se extendía por dieciocho días, mas refiriéndose en general al “personal con contrato a tiempo parcial” -así fue textualmente preguntada (pliego de fs. 73, preg. 3era. y su respuesta de fs. 74)- y no en particular a la actora, quien, lo llevo expresado, no se demostró que hubiera celebrado con la empleadora una contratación de esa índole. A propósito del horario diario, la testigo respondió que no le constaba (fs. 74, resp. a la preg. 5ta.). ----------

----En cuanto al testigo J. D. P., razón asistió a la Señora Magistrada “a quo” al suponerlo menos informado que las directas compañeras de trabajo de la actora, pues él dijo desempeñarse en una oficina, que no en la confitería en la que laboraba la demandante (fs. 77, resp. a la preg. 1era.); por cierto que también manifestó haber desarrollado asimismo tareas de recepcionista, pero no surge de autos que recepcionistas y personal de confitería desplegaran tareas en el mismo o cercano lugar. Por lo demás, este declarante expresó trabajar de 14 a 22 hs. (fs. 78, resp. a la repreg. 1era.), con lo cual no puede dar fe de lo sucedido en el restante horario de trabajo de la actora, que se extendía hasta el cierre del establecimiento.- ----------

----Concluyo por estas razones que la prueba testifical ha sido correctamente valorada por la juzgadora del precedente grado. ----------

----II.- Ininteligible resulta que la recurrente endilgara al fallo la violación del principio de congruencia por haberse la sentenciante expedido acerca de la convención colectiva

aplicable, pues precisamente la cuestión fue planteada en la demanda de manera concreta como causa “petendi” de la pretensión (fs. 19 vta., párrs. 3° y 4°) y debía entonces la magistrada decidirla (art. 163 incs. 4° y 6° C.P.C.C.).- ----------

----Toda la construcción levantada por la apelante como cimiento de este agravio suyo se derrumba por su base cuando se advierte que dejó ella de formular la crítica concreta y razonada que el art. 265 cód. cit. ponía a su cargo contra el argumento central de la juzgadora: la propia empresa hizo constar en los recibos de haberes la categoría laboral de “moza”, rango inhallable en la convención colectiva de los empleados de comercio que la demandada invocara como aplicable y que sí figura en la convención de los gastronómicos, también aplicable a las empresas que explotan casinos con servicios anexo de confitería (pto. 5.2, inc. “g” del C.C.T. 389/04). Esta porción del recurso ha quedado así desierta (art. 266 ídem).----------

----Por lo demás, haré notar, así sea a mayor abundamiento, que la posición sustentada por la empresa en este pleito importó ponerse en paradójico contraste con su anterior postura, conducta esa deliberada, jurídicamente relevante y plenamente eficaz. Harto sabido es que una pretensión deducida o defensa opuesta dentro de una situación litigiosa en contradicción con el sentido objetivo del comportamiento anterior del sujeto no puede prosperar, en tanto mediaría una ilicitud de la conducta ulterior confrontada con la precedente, ya que ello infringiría el fundamental principio de la buena fe receptado en los arts. 63 L.C.T. y 1198 Cód. Civ., del que la imposibilidad de “venire contra factum” es derivación necesaria e inmediata (confr.: Diez Picaso, “La doctrina de los actos propios”, ed. Bosch 1963, págs. 163 y 223). Cual este tribunal ha destacado desde antiguo, ya no se tratará de las razones más sólidas o más débiles que adunen dicha pretensión o defensa, sino de la absoluta improponibilidad subjetiva de las mismas, bloqueadas por esta causa de inhabilidad intrínseca, obstativa a su atendibilidad sustancial (confr.: Morello-Stiglitz, “La doctrina del acto propio”, L.L. 1984-A-865, cap. XVIII; esta sala, c. 17.556 S.D.L. 45/01, c. 20.861 S.D.L. 62/05, c. 22.012 S.D.L. 42/07).- ----------

----III.- Tampoco veo mayor sustento a la impugnación relativa a la categoría laboral de acuerdo a la cual la sentenciante dispuso sean reliquidados los haberes de la demandante. Allende el diferente nomenclador que la juzgadora empleara para designarla -mozo de mostrador/vendedor a fs. 109 vta., consd. II; “maitre” a fs. 111, consd. V-, donde no hubo disparidad fue al identificarla como categoría 6. Súmese a ello que, de acuerdo a las múltiples tareas que los testigos informaron que la actora cumplía (estaba a cargo del personal de mozas, las organizaba, hacía el cierre de las caja, hacía pedido de mercadería, pagaba proveedores, etc.; fs. 72, resp. a la preg. 7ma.), su jerarquía se hallaba más próxima a la de un “maitre” que a la de un mozo de mostrador, según la descripción de tareas hecha en el pto. 9.1 del C.C.T. 389/04.- -------

----IV.- Atinente al goce de francos, las respuestas de la testigo E. R. Gorosito han sido lapidarias y no se prestan a interpretaciones diversas ni a suponer errores del empleado

judicial que levantó el acta de la audiencia: la actora concurría a la labor todos los días y gozaba de un franco cada diez días y en ocasiones pasaba dos semanas sin ellos (fs. 75/vta., resp. a la preg. 2da.). Coincidente con esos datos fue la respuesta a la 5ta. preg.: interrogada acerca de si la actora gozaba de los francos semanales correspondientes, respondió que “un franco semanal no” tenía.----------

----V.- Tales son los motivos por los que entiendo que la sentencia apelada merece ser confirmada en todo cuanto fuera materia de agravios, con costas de segunda instancia a la recurrente vencida en ella (art. 59 de la ley 69).----------

----Coincido también con el colega en cuanto a los honorarios que propusiera regular por las labores profesionales, pues los hallo acordes con la extensión, calidad y resultado de las mismas (arts. 6, 7, 9, 14, 19, 47 del dec.-ley 2.200).----------

----Consecuentemente, me expido en esta cuestión primera por la AFIRMATIVA.--------

--- **A LA SEGUNDA CUESTION**, el Señor Juez Doctor Marcelo LÓPEZ MESA, dijo: -----

--- Dado el acompañamiento que mi propuesta ha tenido en el colega de Sala, el pronunciamiento que corresponde dictar es el siguiente:----------

--- I) CONFIRMAR el fallo decisorio en cuanto ha sido materia de recurso y agravios. ---

--- II) Imponer las costas en la Alzada a la recurrente.----------

--- III) Regular los honorarios profesionales correspondientes a esta alzada, en las siguientes alícuotas: para la Dra. J. L. F., apoderada del actor, en el 4,86% del monto del proceso que se establezca en la liquidación a practicarse en la etapa de ejecución y para el Dr. J. G., letrado apoderado de la accionada, el 4,30% de dicho monto.----------

--- Regístrese y notifíquese. ----------

--- Así lo voto.----------

----**A ESTA ULTIMA CUESTION** el Dr. Velázquez respondió: ----------

----El pronunciamiento que corresponde dictar es el propuesto por el Dr. López Mesa, reflejo fiel de la decisión del cuerpo formada al expedirnos sobre la anterior cuestión.-

--- Con lo que se dio por terminado el Acuerdo, dejándose constancia que la presente se dicta por dos miembros por no encontrarse presente el Dr. Carlos Dante Ferrari al momento de efectuarse el sorteo (art. 8 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 el fallo decisorio en cuanto ha sido materia de recurso y agravios. ------

--- II) Imponer las costas en la Alzada a la recurrente.----------

--- III) Regular los honorarios profesionales correspondientes a esta alzada, en las siguientes alícuotas: para la Dra. J. L. F., apoderada del actor, en el 4,86% del monto del proceso que se establezca en la liquidación a practicarse en la etapa de ejecución y para el Dr. J. G., letrado apoderado de la accionada, el 4,30% de dicho monto.----------

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

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

PAULO EDUARDO KÖNIG
SECRETARIO DE CAMARA