000168/2010

--- En la ciudad de Trelew, a los días de mayo del año dos mil diez, se reúne la Sala “B” de la Cámara de Apelaciones de esta ciudad, con la presidencia del Dr. Sergio Rubén Lucero y presencia de los Sres. Jueces del Cuerpo Dres. Raúl Adrián Vergara y Aldo Luis De Cunto, para celebrar Acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **“I. G., E. D. c/ P., R. E. s/ Diferencia de haberes e indemn. de ley” (Expte. 168 - Año 2010 CAT)** 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. 141.----------

---- ----------**A LA PRIMERA CUESTION** el Dr. Vergara dijo:

------1. Llegan a conocimiento de este Tribunal las presentes actuaciones como consecuencia del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada a fs. 130, que fuera concedido a fs. 131, contra la sentencia de la anterior instancia de fs. 122/128 que hizo lugar parcialmente a la demanda instaurada por E. D. I. G. y condenó a R. E. P. al pago dentro del plazo de diez de la suma de $109.269,70.-, con más sus intereses, en concepto de diferencias salariales, diferencias sobre el sueldo anual complementario y vacaciones proporcionales, vacaciones no gozadas, indemnizaciones por antigüedad y sustitutiva por falta de preaviso, con mas la integración del mes de despido, e incrementos previstos por los arts. 1 y 2 de la ley 25.323, y asimismo en igual plazo ordenó el depósito judicial del certificado de trabajo previsto por el art. 80 de la L.C.T., bajo apercibimiento de aplicar la indemnización contemplada por el art. 45 de la ley 25.345, con imposición de costas al vencido. ----------

----Los agravios vertidos lucen a fs. 134/135 y vta., el traslado conferido a fs. 136 no fue evacuado por su contraria, y sostiene el apelante que no hay suficientes elementos de prueba que acrediten que el actor realizaba una jornada laboral diaria de 12 horas, siendo en realidad todo lo contrario en virtud de la prueba informativa producida y los testigos ofrecidos por su parte cuyas declaraciones no fueron tenidas en cuenta por el Juez de grado. Debió el a quo haber considerado el libro de novedades cuya autenticidad fuera certificada por la empresa P. R. C. ya que allí se encuentran consignados los horarios en los cuales entraba y salía el Sr. E. I.. En dichos instrumentos se encuentra la prueba que evidencia que el actor jamás trabajó turnos de doce horas como se pretende hacer creer. Ese instrumento probatorio es sumamente valioso ya que detalla con precisión y coherencia el funcionamiento del lugar donde trabajaba el actor, prueba que incluso arroja mayor certeza que la ofrecida por los testigos. No debe olvidarse que dicha prueba era común y ninguna referencia realizó el a quo. Tampoco explica la preferencia realizada respecto de los testigos del actor con prescindencia de lo expuesto por los ofrecidos por su parte. Destaca que el testigo B. indicó con relación a la jornada del actor que no sabía bien porque cubría a los hermanos cuatro horas más o menos. El testigo R. manifestó que trabajaba 4 horas

porque después se dedicaba a trabajar de albañil. K. expresó que tiene turnos rotativos y que no es que lo veía toda la semana, por lo que entiende que el actor no trabajaba 12 horas ya que de lo contrario el testigo inevitablemente lo debería haber visto casi todas las semanas. Los testigos de ambos lados fueron coincidentes en que el actor poseía otro trabajo de albañil lo que demuestra la imposibilidad material de realizar jornadas rotativas de 12 horas. Tampoco resulta razonable que el a quo acoja los testimonios de un testigo que declara ser amigo hace 11 años y otro que todo lo que sabe es según los dichos del propio actor (Á. y C. F. respectivamente). La carga de la prueba recaía sobre el actor quien no aportó elemento que demuestre cabalmente que trabajaba 8 horas más que las que figuraban en su recibo de sueldo, no resultando aplicable las presunciones del art. 9 LCT por ser esta causa anterior a su reforma. Considera que el juez de grado debió tener un celo superior al hacer lugar al reclamo ya que de ser cierta la jornada laboral reclamada seguramente el Sr. I. habría aportado mayor cantidad de documentación o elementos de prueba y no sólo testimonios endebles que colisionan con los vertidos por los testigos de su parte. Efectúa cita de fallo del Superior Tribunal de Justicia respecto del alcance de la prueba de testigos. Resulta llamativo que el actor esperara 4 años para formular reclamo de su prolongadísima jornada laboral. El a quo quebranta la regla de la sana crítica al excluir elementos de prueba y aceptar otras sin realizar una explicación o fundamentar su decisión. Solicita se revoque el fallo recurrido con costas a la vencida. ----------

----2. Señala el demandado que el juzgador omitió valorar las copias acompañadas del libro de novedades de la empresa P. R. C. (ver p. VII. b, fs. 26 vta., escrito de contestación; e informativa, fs. 108) y que asimismo prescindió en la valoración probatoria de los dichos de los testigos ofrecidos por su parte. ----------

----Al respecto, la elección de la prueba es facultad privativa del juzgador, quien puede seleccionar aquellas que estime relevantes y decidirse por una descartando otras, que considere inconducentes o inoperantes. Es suficiente a tal efecto que haga referencia expresa a las que han servido más decididamente a la conclusión, lo cual no supone ni permite afirmar que las otras no hayan sido computadas (Morello, Sosa y Berizonce, “Códigos Procesales ...”, Librería Editora Platense – Abeledo-Perrot, 1991, T. V-A, págs. 255/256, y cita de fallos). ----------

----Por lo demás, las hojas acompañadas del Libro de Portería de la sociedad sólo están referidas a un breve lapso que va de enero a abril de 2008 por lo que esa documental emanada de un tercero resulta manifiestamente insuficiente a los fines de establecer la jornada de trabajo del actor si se considera que ingresó bajo las órdenes del demandado el 01/04/2003 y el vínculo quedó disuelto el 10/03/2008, conforme lo estableciera el fallo en crisis a fs. 123 vta. y 124 vta. Máxime, si a su vez se pondera que el recurrente ni siquiera efectuó un análisis de tales constancias que permita cerciorarse dónde está el error del sentenciante pues se limitó de modo genérico a manifestar que allí se encuentran consignados los horarios de entrada y salida de I. y

que esas copias detallan con precisión y coherencia el funcionamiento del lugar dónde trabaja el actor.----------

----De tal modo, una valoración distinta a la alcanzada por el juzgador, sin indicar de modo concreto donde existe el error cometido en su ponderación y cuales son los hechos acreditados en el proceso con virtualidad suficiente para rebatir los argumentos desarrollados en el fallo, no constituye agravio.----------

----A su vez, el análisis fragmentado de la prueba testimonial que efectúa el apelante resulta inadmisible, a lo que cabe agregar la evidente insuficiencia de su particular valoración ya que omite toda consideración de los dichos de C. y R..----------

----Sabido es que la prueba debe ser valorada en su conjunto, tratando de vincular armoniosamente sus distintos elementos de conformidad con las reglas impuestas por el art. 386 del C.P.C.C., puesto que el proceso debe ser tomado en su desarrollo total y ponderado en su múltiple unidad: las pruebas arrimadas unas con las otras y todas entre sí. Las pruebas en general no son susceptibles de fraccionarse para que la parte que las invoca aproveche lo que le es útil y deseche lo que la perjudica (Fenochietto-Arazi, “Código Procesal ...”, Astrea, 1983, T. 2, pág. 357).----------

----La prueba debe así ser valorada en su totalidad, tratando de vincular armoniosamente sus distintos elementos, resultando censurable la descomposición de los elementos, disgregándolos para considerarlos aislada y separadamente (SCBA, D.J.B.A., v. 135, p. 138).----------

----Es criterio de esta sala “B” en reiterados pronunciamientos, entre otros c. 268/09, S.D.L. 58/2009, c. 355/09, S.D.L. 74/2009, c. 285/09, S.D.L.79/2009, c. 677/09, S.D.L. 111/09.----------

----Sin perjuicio de ello, cabe ponderar que el testigo L. no brindó precisión alguna sobre el horario cumplido ya que manifestó con relación al turno que “era a conveniencia de ellos” (respuesta a la 12ª pregunta, fs. 58). I. no fue preguntado sobre dicha cuestión (ver declaración de fs. 62). La declaración de B. carece de fuerza de convicción ya que respecto de la jornada manifestó que no sabía bien (respuesta a la 7ª pregunta, fs. 100). El testigo K. se limitó a manifestar que tenía turnos rotativos y que al actor no lo veía toda la semana (respuesta a la 7ª pregunta, fs. 101).----------

----Por ello, tales dichos no aportan datos concretos o en su caso carecen de fuerza de convicción, lo que así aprecio conforme a las reglas de la sana crítica (arts. 390 y 460, Anexo “A” Ley XIII – Nº 5; arts. 386 y 456 del C.P.C.C.).----------

----En cuanto a las expresiones vertidas tendientes a restarle fuerza de convicción al testimonio de Á. por ser amigo, lo cierto es que se ha considerado que la circunstancia de que el testigo sea amigo de la parte o de sus familiares no invalida sus dichos, aun apreciándolos restrictivamente, siempre que se vean complementados con otros elementos probatorios (Falcón, Enrique M., “Tratado de la prueba”, Astrea, 2003, pág. 324), máxime cuando no se trata de amistad “íntima”.----------

----Al respecto, los dichos de Á. en lo que hace a la jornada cumplida por I. (respuesta a

la 4ª pregunta, fs. 59) fueron corroborados por C. (respuesta a la 6ª pregunta y razón de sus dichos, fs. 57/vta.); y también por R. (respuesta a la 5ª pregunta, fs. 61). Testigos estos últimos que pudieron establecer el horario de 12 horas cumplido por el accionante ya que si bien se desempeñaban en turnos de 8 horas, lo hacían en forma rotativa, tarde, mañana y noche (respuesta a la 3ª repregunta, fs. 57; respuesta a la 4ª y 5ª pregunta, y 4ª repregunta fs. 61 y 61 vta., respectivamente).----------

----En tales condiciones, sólo el testigo R. manifestó un horario distinto al expresar que trabajaba 4 horas (respuesta a la 10ª pregunta, fs. 60), y esa declaración se contrapone con los dichos de Á., C., y R.. ----------

----En ese contexto, cuando los testigos de una y otra parte reúnan iguales condiciones de ciencia, de imparcialidad y de veracidad, tendrán por cierto lo que declare el mayor número (Devis Echandía, “Compendio de la prueba judicial”, Rubinzal –Culzoni Editores, 2000, T. II, pág. 95).----------

----Es criterio de esta sala “B”, c. 122/10, S.D.L. 15/10.----------

----Por ello, desde que corresponde al juez ponderar según las reglas de la sana crítica las circunstancias que corroboren o disminuyan la fuerza de las declaraciones, a partir de la valoración realizada del cumplimiento de los requisitos, examen de los testigos y de sus declaraciones (Arazi, “La prueba en el proceso civil”, La Rocca, 1991, pág. 254) y después del examen de cada uno y del conjunto de los testimonios habidos (Devis Echandía, “Teoría general de la prueba judicial, Víctor P. de Zavalía, Buenos Aires, 1970, T. II, pág. 273), apreció que las declaraciones brindadas por los testigos I., C. y R., resultan precisas y concordantes en cuanto a la extensa jornada de trabajo desplegada por el accionante, lo que así pondero conforme a las reglas de la sana crítica (arts. 390 y 460, Anexo “A” Ley XIII – Nº 5, arts. 386 y 456 del C.P.C.C.).----------

----Así, la valoración de la prueba testimonial antes analizada deja sin sustento la afirmación realizada por el recurrente en forma reiterada en el sentido de no haber suficientes elementos de prueba (ver fs. 134, p. II.1., segundo párrafo, y fs. 134 vta., último párrafo). ----------

----Tocante a la manifestación del quejoso en cuanto a que la carga de la prueba recaía sobre el actor, debe señalarse que la parte demandada alegó que “su jornada laboral siempre fue de 4 horas ...” (acápite 2., fs. 25 vta.). Ello importa un supuesto de limitación de responsabilidad pues el desempeño laboral a tiempo parcial es una modalidad excepcional de contratación prevista por el art. 92 ter de la L.C.T., por lo que la carga probatoria en ese aspecto pesaba en cabeza del empleador. ----------

----En tal sentido, cada parte soporta la carga de la prueba sobre la existencia de todos los presupuestos, aún los negativos, de las normas sin cuya aplicación no puede tener éxito su pretensión procesal; en una palabra, sobre los presupuestos (de hecho) de las normas que le son favorables. Texto prácticamente calcado por el art. 377 del C.P.C.C. Concretamente y realmente soportará la carga de la prueba una u otra parte, según sea su posición respecto del efecto jurídico perseguido. La responsabilidad probatoria en

suma, no depende de la condición de parte actora o demandada, sino de la situación en que se coloca el litigante en el juicio para obtener una determinada consecuencia jurídica (Fenochietto-Arazi, obra y tomo citado, págs. 324 y 325, con cita de Rosenberg, Micheli y Sentis Melendo, respectivamente).----------

----Lo fundamental es la posición sustancial de la parte en el proceso, respecto al efecto jurídico que del hecho debe deducirse, de acuerdo con la norma jurídica por aplicar que lo contempla como presupuesto, es decir, determinar cuál de las partes pretende ese resultado, aun cuando esa parte no haya invocado en su favor tal norma, pues al juez le corresponde aplicarla oficiosamente: *jura novit curia* (Devis Echandía, "Teoría General de la Prueba Judicial", T. I, pág. 487). ----------

----Por eso, era carga del accionado probar el presupuesto de hecho (cumplimiento de jornada reducida) de la norma que sirve de fundamento a su defensa (art. 92 ter, L.C.T.), conforme lo dispone el art. 381 de la Ley XIII Nº 5, Anexo A (art. 377, 2do. párrafo, C.P.C.C.).----------

----Tratándose de un contrato de trabajo a tiempo parcial, es carga del empleador acreditar que el trabajador realizaba una jornada reducida (CNTrab., sala V, 14/08/2003, "Ortega, Rosana K. c/ Cuenta Conmigo S.R.L. y otro", citado por Rodríguez Mancini, Director, "Ley de contrato de trabajo. Comentada, anotada y concordada", La Ley, 2007, T. III, págs. 748/749). ----------

----Es criterio de esta sala "B" en reiterados pronunciamientos, entre ellos, c. 22.527, S.D.L. 14/08, c. 22.560, S.D.L. 21/08, c. 22.605, S.D.L. 24/2008, c. 22.919, S.D.L. 04/09, c. 233/09, S.D.L. 51/09, c. 508/09, S.D.L. 91/09. ----------

----Desde esta perspectiva, si por hipótesis se considerara que hubo un déficit probatorio como lo invocara el quejoso, en todo caso tal falencia pesa sobre esa parte al invocar una jornada reducida por importar una limitación de responsabilidad.----------

----Y si bien por todo ello no resulta necesario recurrir al principio establecido por el art. 9 de la L.C.T., modificado por el art. 1 de la ley 26.428, corresponde señalar que la expresión vertida en lo que hace a que no resulta de aplicación esa normativa ya que la causa es anterior a su reforma resulta inaudible. ----------

----En efecto, por tratarse de materia que hace a la apreciación de la prueba basta con que dicha normativa se encuentre vigente al momento de dictar sentencia el juzgador.--

----Respecto de la cita de un pronunciamiento del Superior Tribunal de Justicia cabe precisar que ello no constituye una crítica concreta y razonada del decisorio por lo que no hay agravio que atender. ----------

----En efecto, la mera transcripción, por profusa que sea, de citas jurisprudenciales o de doctrina, sin siquiera intentar una explicación para relacionarla con lo debatido en la causa, y por ende, sin justificar la aplicabilidad de las conclusiones sentadas en aquéllas en el caso a resolver, no permite tener por fundado el recurso (Morello, Sosa y Berizonce, ob. cit., 1988, T. III, págs. 359/360). ----------

----Sostiene también el apelante que debió considerarse llamativo que el actor esperara

cuatro años para formular reclamo.----------

----En tal sentido, el transcurso del tiempo sin efectuar reclamos no importa silencio como manifestación de voluntad, excepto en los supuestos previstos por el art. 919 del Código Civil que no se dan en el caso de autos.----------

----Además, la intención de renunciar no se presume y la interpretación de los actos que induzca a probarla es restrictiva (art. 875 del Código Civil).----------

----Por eso, la falta de reclamo durante la vigencia de la relación laboral y eventual demora posterior no cabe ser interpretado como admisión toda vez que no se admiten presunciones en contra del trabajador que conduzcan a sostener la renuncia al empleo o a cualquier otro derecho derivado de su silencio (art. 58 de la L.C.T.), pues la clara directriz fijada por esa norma impide que se valore como presunción en contra de los reclamos judicialmente efectuados por el trabajador la ausencia de reclamos oportunos durante la vigencia del vínculo (CNTrab., sala II, abril 29-994, DT. 1994-B, 2128). --------

----Conclusión a la que se arriba como consecuencia del principio protectorio que en diversas normas suple la insuficiencia del dependiente para autoprotegerse ante la situación de desigualdad en que se encuentra el trabajador, toda vez que es el empleador el que fija las pautas del contrato y de la relación de trabajo.----------

----Es criterio de esta sala “B” en diversos pronunciamientos, c. 22.241, S.D.L. 48/2007, c. 53/2008, S.D.L. 15/2009, c. 92/09, S.D.L. 75/09, c. 235/08, S.D.L. 76/2009, c. 389/09, S.D.L. 96/2009, c. 693/09, S.D.L. 117/09.----------

----Por tales razones se desestiman los agravios.----------

----3. En consecuencia, propicio al Acuerdo confirmar la sentencia venida en apelación en todo cuanto fuera materia de agravios, con costas de Alzada al apelante vencido, conforme al criterio objetivo de la derrota (art. 69, Anexo A, Ley XIII Nº 5, art. 68 del C.P.C.C.).----------

----Asimismo, atendiendo a la extensión, mérito, eficacia y resultado que arrojan los trabajos profesionales cumplidos en esta instancia, estimo prudente regular los honorarios del Dr. A. P. A., letrado patrocinante de la parte demandada, en la suma porcentual equivalente al 2% del monto de condena a establecerse en la etapa de ejecución de sentencia (arts. 5, 13, y 46 de la Ley XIII Nº 4; arts. 6, 14, y 47 de la ley 2.200), con más el I.V.A. correspondiente. ----------

----Finalizo el tratamiento y a la primera cuestión voto POR LA AFIRMATIVA.----------

---- **A LA PRIMERA CUESTIÓN** el Dr. Lucero dijo: ----------

---- Ha interpuesto recurso de apelación la parte demandada (fs. 130) en contra de la sentencia definitiva dictada en autos (fs. 122/128) por la que se hizo lugar parcialmente a la demanda entablada por el Sr. E. D. I. G. en contra del Sr. R. E. P., condenando a éste último a que, en el plazo que fija, abone al actor la suma de $ 109.269,70 con más los intereses que se fijan en el considerando respectivo. Asimismo, se lo intima a que en el mismo plazo deposite en estos actuados el certificado de trabajo del actor bajo apercibimiento de ser pasible de la imposición de astreintes y de agregar en la etapa de

ejecución de sentencia la indemnización prevista en el art. 45 de la ley 25.345. Todo ello con costas a su cargo.---------- ----------

----El escrito de expresión de agravios luce agregado a fs. 134/135 y vta..----------

----A fs. 136 se ordenó su traslado a la parte contraria sin que éste fuera evacuado.----------

--- I.- La reseña de los agravios formulados fue suficientemente realizada por el magistrado que me precede en la votación, Dr. Vergara, por lo que a ella me atendré a efectos de evitar repeticiones estériles.----------

----Sin embargo si resulta útil individualizar que los motivos de cuestionamientos centra en la jornada laboral que se tuvo por acreditada, la valoración de la prueba realizada por el juzgador y las omisiones en las que, se denuncia, habría éste incurrido en la valoración de la prueba.---------- ----------

----II.- En el marco provisto por los mencionados agravios diré, en primer lugar, que no tiene mayor asidero expresar como supuesto agravio que se han valorado los testigos de la contraria y se omitió hacerlo respecto a los testigos aportados por la apelante. Es que no cabe efectuar tal distingo basado en quién ofrece y/o produce o aporta el elemento de prueba por cuanto rigen al respecto los principios de unidad y comunidad de la prueba, de suerte tal que una vez incorporado el medio de prueba que se hubiera producido ya no “pertenece” a quien lo aportara sino que éste es parte del plexo probatorio del proceso que el juzgador apreciará según la regla contemplada por el art. 386 del C.P.C.C., de aplicación al supuesto por vía del art. 45 de la Ley 69 (actuales arts. 390 de la Ley VIII Nº 5 Anexo A; y, art. 44 de la Ley XIV Nº 1).----------

--- En tal sentido tengo dicho, antes de ahora, que no corresponde distinguir entre aquellos testimonios ofrecidos por la parte actora y los ofrecidos por la parte demandada, en tanto los principios de adquisición y de unidad de la prueba operan plenamente en la materia laboral, vedando la distinción basada sólo en quien aportara el testimonio (Conf. Devis Echandía, Hernando “Compendio de la prueba judicial”, Ed. Rubinzal-Culzoni, ed. año 2000, T. I, págs.: 31/32 y 146, nro. 68; id. De Santo “La prueba judicial, teoría y práctica”, Ed. Universidad, año 1992, págs. 15 y 16)(Vide: Sala B, S.D.L., Nº 73/09, c. 329; S.D.L., Nº 80/09, c. 261; S.D.L., Nº 51/09, c. 233; S.D.L. 44/09, c. 44; S.D.L., Nº 31/09, c. 112; S.D.L., Nº 45/08, c. 22.739; S.D.L., Nº 42/08, c. 22.760; S.D.L., Nº 38/08, c. 22.454; S.D.L., Nº 22/08, c. 22.566; entre muchas otras, CANE).---------- ----------

----El juzgador apreció de la prueba producida aquella que le mereció mayor fuerza de convicción para sustentar su veredicto, encontrándose tal prerrogativa dentro de las facultades que le son delegadas expresamente por el Código del rito, en tanto que no tiene obligación de expresar la valoración de todas las pruebas producidas, sino únicamente de aquellas que fuesen esenciales y decisivas para fallar la causa (Doct. Art. 386 del C.P.C.C., de aplic. por vía del art. 45 de la Ley 69, ya citados).----------

--- Y, si bien es cierto que el Sr. Juez a quo no ponderó siquiera cual era el valor probatorio de las constancias del libro “de novedades” -según lo identifica la

demandada- o “de portería” según lo identifica la empresa “P. R. C.”, subcontratista del servicio de transporte de lana que los lleva, según se observa de la prueba informativa (ver: fs. 108) y que en copias certificadas fueran acompañadas con el escrito de responde por la parte demandada (vide: instrumental reservada correspondientes a fs. 66/194); en verdad, de dichas constancias, relativas a un breve lapso, que comprende enero a abril del año 2008 (adviértase que el vínculo habido entre las partes estuvo vigente de abril del año 2003 al 10/03/2008) difícil es extraer datos concluyentes para elucidar el conflicto de intereses en litigo. Nótese que tal como acertadamente lo pusiera de resalto el sufragante en primer término, Dr. Vergara, la demandada que invoca en apoyo de su posición a tales constancias ni siquiera indicó específicamente cuáles serían los datos precisos que pudieran extraerse de ellas de forma tal que se avizore el supuesto yerro en el que habría incurrido el judicante, limitándose a expresar de un modo genérico que en *“...dichos instrumentos se encuentra precisamente la prueba contundente que evidencia que el actor jamás trabajó turnos de 12 horas...”* o que se tratarían de instrumentos *“...sumamente valioso que en 128 páginas detalla con precisión y coherencia el funcionamiento del lugar donde trabajaba el actor...”* (sic) (vide: escrito de agravios –fs. 134 y vta.-).----------

----En tal dirección, insisto que es cierto es que el juzgador del anterior grado omitió evaluar tales constancias del “Libro de portería” de la contratista de los servicios de transporte que presta la demandada. Empero también es cierto que el Sr. Juez a quo valoró las demás probanzas aportadas a la causa y en particular seleccionó de la testimonial producida los dichos vertidos por los Sres. R. A. C. (fs. 57 y vta.); P. B. A. (fs. 59); A. C. F. (fs. 74 y vta.); y, H. R. R. (fs. 61 y vta.), en tanto ponderó que tales deponentes fueron precisos y claros en sus dichos destacando particularmente el valor de convicción que arrojaban los dichos vertidos por el testigo R., por su calidad de encargado del lavadero de “P. R. C.”.----------

---------- Pues bien, contra tal desarrollo argumental valorativo se expone en sustento de los agravios formulados, una valoración distinta de las probanzas aportadas citando la recurrente en apoyo de su posición dichos de otros testigos que denuncia que fueron omitidos en la consideración del juzgador de grado. Y, ello no comporta crítica que viabilice ejercer instancia revisora alguna por cuanto se carece en absoluto del material indispensable a tal fin, cual es la crítica al razonamiento sentencial que indique fundadamente y en concreto en qué consiste el error, sobre los hechos o en el derecho, que de pié a que se pueda –eventualmente- arribar a la conclusión pretendida, esto es, que se modifique o que se revoque el fallo apelado.----------

----Esta Cámara tiene dicho desde antaño que con el recurso de apelación no se abre una vía que proporcione un nuevo examen integral de la cuestión, sino que se persigue el control de justicia del pronunciamiento cuestionado, en cuanto a los hechos y al aspecto jurídico de los asuntos en él decididos, resultando inoficioso el escrito que prácticamente hace una exposición paralela a los argumentos esbozados por el

juzgador de Primera Instancia, sin siquiera cuestionar el juicio de éste. Es que ello no constituye la crítica requerida por el art. 265 del C.P.C.C. (Conf. Morello-Sosa-Berizonce, “Códigos...”, T. III, págs. 356/358 y 370/371)(Conf. ésta sala B, S.D.L. Nro.52/01, causa nro. 17.500; S.D.L. Nro. 50/01 c. 17.551; id. Nro. 50/02 c. 18.358; S.D.C. 11/02 c. 17.662; S.D.C., Nro. 19/03 c. 18.479; S.D.C., Nro. 09/05, c. 19.945, entre otras, CANE).---------- ----------

----Sabido es que la fundamentación del recurso de apelación no puede consistir en una mera discrepancia que manifieste el recurrente con el criterio sustentado por el juez de la causa, sino que debe puntualizarse cada uno de los aspectos en donde el juzgador hubiere errado en su análisis, sea por una interpretación equivocada de los hechos de la causa, o bien por una aplicación errónea del derecho, para recién poder señalar cuál es el modo en que –entiende- debió resolverse la cuestión, de manera tal que quede demostrado, a través de un razonamiento claro, el fundamento de la impugnación que se sustenta. No hecho de tal manera el recurso adolece de suficiencia técnica y la Alzada se queda sin material de análisis quedando inhabilitada para emitir opinión (Conf. ésta sala B, S.D.L. Nro.42/01, causa 17.410; id. Nro.50/01, causa 17.551 CANE).---------- ----------

----En supuestos análogos he discernido sobre qué debe entenderse por “crítica” y qué por “disenso”. Criticar importa un ataque directo y objetivo de la fundamentación, procurando la demostración de los errores cometidos en la misma. En cambio, disentir, es la mera exposición del desacuerdo con lo decidido. Y el agravio así planteado en la especie se asimila claramente a ésta última postura discrepante por cuanto propone una valoración diversa a la esgrimida por el Sr. Juez a quo sin formular ninguna crítica que permita ejercer la facultad revisora de la Alzada (Conf. CNCiv., Sala A, 21-5-90, L.L., 1992-A-269, con nota de Alberto Jorge Gowland; id., L.L., 1990-C-576, jurisp. agrupada y también la citada en Rev. de Derecho Procesal, Ed. Rubinzal Culzoni, Nro. 2 –medios de impugnación. Recursos I-, año 1999, págs. 421 y s.s.).----------

---En tal dirección se trasluce una exposición de la mera disconformidad o malgrado que le produjo el veredicto a la parte demandada recurrente, aunque repito, que lo hizo sin puntualizar yerro alguno en el desarrollo del mérito paralelo que realiza. De tal forma, tengo para mi que, en realidad, la pieza con la cual se intenta sostener el recurso bajo análisis se encuentra verdaderamente en los umbrales de la deserción técnica.-----

---No obstante ello, merced a que quien me precede en la votación, Dr. Vergara, estimó lo contrario, en aras de evitar ingresar en una disidencia que genere dispendio jurisdiccional evitable y admitiendo que, quizás, desde una mirada benevolente exista alguna mínima crítica que atender, adoptaré una perspectiva amplia proclive a ingresar al tratamiento de los demás fundamentos esgrimido en sustento del recurso.----------

---Dicho ello, e intentando no sobreabundar sobre la ya dicho por el juzgador de primera instancia y por el magistrado de éste Tribunal de alzada que me precede en la votación, diré que ninguno de los testimonios citados por al impugnante, esto es, los prestados

por los Sres. C. U. L. (fs. 58 y vta.); E. O. B. (fs. 100); H. C. K. (fs. 101); M. R. R. (fs. 60); y, D. I. (fs. 62) alcanzan a realizar un aporte que altere la selección de los testimonios que por su mayor fuerza de convicción tomara el juzgador de grado para arribar a su veredicto. En tal sentido, observo lo siguiente: el testigo L., quien manifestó trabajar desde hace 15 años para “P. R. C.” no aportó ninguna precisión en relación al horario cumplido por turno señalando que el mismo *“...era a conveniencia de ellos porque por ahí tenía un trabajo de albañil y los otros hermanos le cubrían el turno...”* (sic) (ver: resp. 12ava. –fs. 58-). Asimismo, el testigo B., tampoco es certero en la respuesta a la interrogación relativa a la extensión de la jornada que cumplía el actor, toda vez que expresó *“...no se bien porque cubría a los hermanos cuatro horas más o menos...”* (sic) (vide: resp. 7ma. –fs. 100). Tampoco contribuye, al menos decisivamente, lo dicho al respecto por el testigo K., quien se remitió a decir que él cumplía con turnos rotativos y que no lo veía al actor toda la semana (ver: resp. a la 7ma. –fs. 101-). Finalmente, el testigo I., hermano del actor en autos, directamente no fue interrogado sobre la extensión de la jornada cumplida por el actor. Pues bien, me pregunto qué puede extraerse de tales testimoniales (Conf. arts. 386 y 456 del C.P.C.C –actuales arts. 390 y 460 de la Ley XIII Nº 5 Anexo A-).----------

---------- El único testigo que aportaría a la versión dada por la patronal impugnante es el prestado por el Sr. R., quien afirmó que el actor *“...trabajaba 4 horas porque después se dedicaba a trabajar de albañil...”* (sic) (ver: resp. a la 10ma. –fs. 60-). Ahora bien, sin olvidar la sabia ponderación de Benthan en el sentido que “los testigos se pesan, no se cuentan”, que explicita que su calidad es lo que crea su valor, en el sentido que un buen testigo puede “pesar” o valer más que muchos testigos mediocres para arribar a la convicción sobre la verdad de un hecho, tal como lo señalara el Dr. Vergara, habiendo contradicción entre los dichos de este único testigo con los prestados por un número mayor de testigos, no puede más que preferirse la exégesis dada por el Sr. Juez a quo al plexo probatorio con el que contaba. Es que, no obstante que en el extremo más favorable para la recurrente, se reconociera la misma fidelidad a los dichos de R. que a los dichos por los demás testigos preferidos en la apreciación por el sentenciante de la anterior instancia, tengo para mi, que bajo el parámetro o estándar valorativo de probabilidad lógica prevaleciente, es postulable que un hecho referenciado por más personas creíbles en sus dichos respecto de otra u otras en menor cantidad que sobre la misma circunstancia fáctica depusieren en sentido diverso, debe preferirse aquella que surge de la prevalencia relativa de la probabilidad de lo relatado por el mayor número de deponentes creíbles (Conf., Gorphe, Francois “De la apreciación de las pruebas”, Ed. Tamis, 3ra. reimpresión, 2da. ed., año 2004, Cap. V, págs. 288 y sgtes.; conf., Taruffo, Michel, “La Prueba”, Ed. Marcial Pons, ed. año 2008, págs 274 y s.s.).---------- ----------

----Tampoco es compartible el cuestionamiento dirigido a excluir como prueba testimonial objeto de apreciación la producida por el Sr. A., quien manifestó al

responder por las generales de la ley ser amigo del actor. Ello así, toda vez que la amistad personal del testigo no invalida por sí sus dichos, sino que se deben apreciar en el marco de los demás elementos de prueba que se aportaran al proceso. Desde otra perspectiva, también coincido con el Dr. Vergara en cuanto que no es la amistad simple la que opera como causal de tacha exigida por la ley procesal, la que requiere amistad íntima, caracterizada por la familiaridad de trato, por la vinculación asidua y cuasi familiar (Conf. CNFed.Civ. y Com., Sala III, 15/4/86, J.A., 1986-III, sint.; id., C.S.J.N., 9/8/88, L.L., 1989-B-361; ídem, CNAT, Sala VI, 5/11/04, D.T., 2005-175).-------

----De otro lado, resulta indiferente que durante cuatro años el actor no hubiera reclamado por las diferencias salariales que ahora pretende que se le reconozcan por vía judicial, merced a que el silencio en la materia no tiene efecto jurídico alguno sea por cuanto no tenía obligación alguna de pronunciarse (doct. Art. 919 y conc. del Código Civil); y, ello máxime, cuando en el marco del principio de irrenunciabilidad contemplada por el Régimen general del Contrato de Trabajo, el crédito que se devengara por tales conceptos eran indisponibles para el trabajador por imperio del orden público laboral (conf. Sala B, S.D.L., Nº 48/07; id., S.D.L., Nº 53/08; id., S.D.L., Nº 92/09; id., S.D.L., Nº 96/09; id., S.D.L., Nº 117/09, entre muchas otras, CANE).----------

--- En lo tocante a la extensión reducida de la jornada y sobre quién recaía la carga de probar tal circunstancia de hecho, antes de cualquier análisis que pudiera realizarse en relación a la valoración probatoria puesta en cuestión, debe establecerse que el eje directriz del análisis es que la circunstancia fáctica alegada por la empleadora demandada -extensión reducida del horario cumplido por el actor-, en tanto constituye el presupuesto de hecho de la norma que invoca como fundamento de su defensa, máxime cuando el contrato “a tiempo parcial” es una modalidad excepcional de contratación, era ineluctablemente bajo su exclusivo cargo y correspondiente interés acreditarla (Conf. art. 92 ter. de la L.C.T.; y, art. 377 del C.P.C.C. de aplic. por vía del art. 45 de la ley 69 –actuales arts. 381 de la Ley XIII Nº 5 Anexo A; y, art. 44 de la Ley XIV Nº 1-), lo cual lejos estuvo de satisfacerla la parte empleadora impugnante a tenor de la prueba aportada al proceso (Conf. CNAT, sala VIII, 31-5-2002, “Nicoloff, Marta c/ HSBC S.A.”; id., sala X, 27-3-2002, “Pereira, María c/ Orígenes S.A.”; id. sala V, 14-8-2003, “Ortega, Rosana c/Cuenta Conmigo S.R.L.”, jurisp. cit. por Castagnino, Laura, “Contrato de trabajo a tiempo parcial y pluriempleo”, en Rev. de Derecho Laboral, Ed. Rubinzal Culzoni, “Contratación Laboral”, ed. año 2005-2, págs. 157 y s.s., punto I, apart. 5).----------

----En tal contexto, entiendo que no hubo duda alguna en el juzgador del anterior grado para decidir como lo hiciera por lo que me eximo de referirme mínimamente siquiera de la norma contenida en el art. 9 de la L.C.T., según texto modificado por Ley 26.428.------

--- III.- Conclusión:----------

---- Por todo lo expuesto, entonces, propondré al acuerdo la confirmación del fallo apelado en todo lo que fuera materia de agravios, con costas de segunda instancia a

cargo de la parte demandada vencida en ella (Conf. arts. 59 de la ley 69 y 279 del C.P.C.C. –actuales art. 57 de la Ley XIV Nº 1; y, art. 282 de la Ley XIII Nº 5 Anexo A-).---

--- Los honorarios del Dr. A. P. A., letrado patrocinante de la parte demandada recurrente, por sus tareas cumplidas por ante esta alzada, apreciándolas por su extensión, calidad y eficacia, estimo adecuado fijarlos en la suma equivalente al 2% del monto de condena que se liquide en la etapa de ejecución de sentencia, con más el I.V.A. correspondiente (Conf. arts. 6 y 14 de la ley 2.200 –actuales arts. 5 y 13 de la ley XIII Nº 5 Anexo A-; leyes 23.349 y 23.871).----------

Culmino de tal manera el tratamiento de la presente cuestión pronunciándome en ella por la AFIRMATIVA.---------- ----------

----**A LA SEGUNDA CUESTION** el Dr. Vergara dijo: ----------

----Visto el acuerdo antes alcanzado, corresponde: a) confirmar la sentencia venida en apelación en todo cuanto fuera materia de agravios; b) imponer las costas de segunda instancia al apelante vencido; y c) regular los honorarios del Dr. A. P. A., por sus tareas de Alzada, en la suma porcentual equivalente al 2% del monto de condena a establecerse en la etapa de ejecución de sentencia, con más el I.V.A. pertinente.---------

----Así lo voto. ----------

----**A LA SEGUNDA CUESTIÓN** el Dr. Lucero dijo:----------

---El pronunciamiento que corresponde dictar es el propuesto por el Dr. Vergara, por resultar el mismo fiel reflejo del acuerdo antes logrado.----------

----ASI LO VOTO.- ----------

--- Con lo que se dio por terminado el acuerdo, dejándose constancia que la presente se dicta por dos miembros del Tribunal por haberse logrado la mayoría (Art. 7º Ley V Nº 17; antes art. 8 Ley 1130, To. Ley 4550), pasándose a dictar: ----------

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

--- Y VISTO: Por los fundamentos del Acuerdo precedente, la Sala “B” de la Cámara de Apelaciones de la ciudad de Trelew; RESUELVE:----------

----CONFIRMAR la sentencia venida en apelación en todo cuanto fuera materia de agravios. ----------

----IMPONER las costas de segunda instancia al apelante vencido. ----------

----REGULAR los honorarios del Dr. A. P. A., por sus tareas de Alzada, en la suma porcentual equivalente al 2% del monto de condena a establecerse en la etapa de ejecución de sentencia, con más el I.V.A. pertinente.----------

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

----REGISTRADA BAJO EL N°_____DEL AÑO 2010 – SDL – CONSTE.----------

VILMA NOEMÍ BIRRI
SECRETARIA