--- En la ciudad de Trelew, a los días de febrero del año dos mil diez, se reúne la Sala “A” de la Cámara de Apelaciones, con la Presidencia del Dr. Marcelo J. López Mesa y la presencia de los Sres. Jueces del Cuerpo Dres. y Carlos A. Velázquez y Carlos Dante Ferrari, para celebrar acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **“F., E. S. c/ F., J. V. s/ cobro de haberes e indem. de ley”** (Expte. nº 728 - año: 2009) venidos en apelación. Los Sres. Magistrados resolvieron plantear las siguientes cuestiones: PRIMERA: ¿Se ajusta a derecho la sentencia apelada? SEGUNDA: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar? y expedirse en orden al sorteo practicado a fs. 187.---------- **A LA PRIMERA CUESTIÓN** el Dr. Velázquez expuso: ----------

----I.- La sentencia de primera instancia hizo lugar parcialmente a la demanda, desestimando sólo los reclamos fundados en la mayor antigüedad en el empleo que la actora alegó tener y en la superior categoría laboral que ella invocara como “repostera y pastelera” del C.C.T. 272/96 y no vendedora “B” del C.C.T. 130/75.----------

---- Apeló tal decisión la demandante, manifestando en su informe de agravios que consentía el fallo en lo tocante a su menor antigüedad, atacándolo por el contrario en cuanto a la desestimación de la categoría por ella aseverada. Expresó a este último respecto que de las declaraciones testificales por ella repasadas surge que todos los deponentes la vieron elaborar chocolates, lo cual determina su calidad de repostera, abarcada entonces por la convención colectiva citada en su demanda. Señaló a la par que la esposa del demandado reconoció en el acta labrada en ocasión de una inspección de la Subsecretaría de Trabajo que la empleada se desempeñaba como “repostera”, manifestación que, a contrario de lo argumentado por el juzgador de origen, no pudo responder a presión alguna, pues no la sufre en tales oportunidades la parte patronal sino, en todo caso, los empleados.----------

----El traslado de dicha pieza de agravios no fue evacuado por el demandado.----------

----II.- En mi concepto, lleva razón la recurrente en su crítica al fallo.----------

----Los tres testigos que ella indicara -J. E. N., C. R. y E. E. C. V.- han estado contestes en haber visto a la actora elaborar chocolates y no únicamente atendiendo al público que concurría al comercio del demandado a adquirirlos. El primero de los citados deponentes lo hizo cuando iba al local como cliente cada quince días aproximadamente (fs. 97, resps. a la preg. 1era. y repreg. 1era.); la segunda en ocasiones de comprar chocolates de vez en cuando (fs. 98, resp. a la preg. 1era.); la tercera, al concurrir al establecimiento cada dos o tres días a adquirir las golosinas para su hija menor al llevarla a la escuela (fs. 100, resps. a las pregs. 1era. y 4ta.). Cierto es que ninguno de esos declarantes brindó precisiones acerca de las operaciones concretas que la trabajadora realizaba durante esa elaboración, mas también lo es que no le fueron pedidas en el acto de la audiencia y que la unanimidad de los dichos es elemento digno de tener en cuenta a la hora de formar la convicción judicial si los declarantes parecen merecer credibilidad individualmente a tenor de las razones de sus dichos que

expusieran (confr.: Devis Echandía, “Teoría general de la prueba judicial”, 5ta. ed., II-281/282, n° 245).----------

Súmese a ello que dichas manifestaciones hallaron corroboración en la deposición de S. M. G. Esta testigo, cuya declaración ofreciera el demandado y que coincidió con la actora en la labor durante unos quince días, expuso que los chocolates eran fabricados por “gente de Madryn, S. F. -es decir, la actora-, yo, entre todos. Todos sabemos hacer chocolates. Todos entramos y nos enseñan a hacer chocolates” (fs. 99, resp. a la preg. 8va.).---------- Verdad es que a esos coincidentes testimonios se oponen otros arrimados por el demandado. Es sabido que 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, c. 589/09 S.D.L. 80/09) y no presentan notas convictivas las tres testificales discordantes con las anteriores citadas; antes bien, muestran caracteres que las tornan desechables.---------- Así, M. G. M. reconoció haber mantenido una relación concubinaria con el demandado (fs. 101, resp. a la repreg. 2da.). Tan íntimo vínculo entre la parte y la testigo deja incursa a ésta en las generales de la ley (si el art. 441 inc.4° C.P.C.C. incluye en ellas al amigo íntimo, “a fortiori” ha de ser así con el concubino), promediando sobrado motivo para presumir la parcialidad de su declaración y excluir entonces la misma del cuadro probatorio (arts. 386, 456 cód. cit. y 35 de la ley 69). Es que ante el lazo amoroso de la declarante con la parte que ofreció su testimonio -elemento harto relevante para apreciar la eficacia probatoria del mismo, pues lo torna sospechoso (confr.: Devis Echandía, opus cit., II-268, “d”)-, una mínima cuota de prudencia aconseja desechar la declaración. Que tal relación cesara antes del acto de la audiencia, no hace desaparecer el recelo que ello inspira acerca de la veracidad de sus dichos, pues pueden mantenerse latentes todavía en el ánimo de la declarante motivos de solidaridad con el demandado, resultando así bien aplicable por analogía el precepto del art. 427 sobre la exclusión como testigo del cónyuge de una de las partes aun separado legalmente (esta sala, c. 22.047 S.D.C. 30/07). Sabido es que en la apreciación de esta especie de prueba ha de tomarse en especial consideración el factor afectividad del deponente, de cuya concurrencia depende su credibilidad, por lo que es prudente marginar la declaración de quien es parcial o sospechoso de parcialidad, circunstancia que puede traicionar su objetividad aun de manera inconsciente (confr.: S.C.B.A., Ac. y Sent. 1957-IV-144 y 198, 1964-I-666; esta alzada, c.17.549 S.D.C. 12/02, c. 20.152 S.D.C. 21/05, c. 21.187 S.D.C. 36/06, c. 22.041 S.D.L. 33/07).----------

---------- Por su lado, S. B. declaró haber conocido los hechos acerca de los cuales depusiera en su condición de asesor y liquidador de sueldos que visitaba el comercio pocas veces (fs. 102, resps. a las grales. de la ley y pregs. 3era. y 6ta.). No

le consta entonces personalmente al dicente el cumplimiento efectivo por la actora de las tareas expresadas por él, sino que había adquirido su conocimiento a través de documentos. Y corresponde aquí tener presente que en esta esfera de los contratos de trabajo rige el principio de primacía de la realidad, de acuerdo al cual interesan más los hechos demostrados que la formalidad documental (confr.: Sardegna, “Ley de Contrato de Trabajo”, Ed. Universidad 1982, pág. 55; esta alzada, c. 21.337 S.D.L. 4/07, c. 22.811 S.D.L. 48/08). Cual señalara en meduloso voto el colega de sala Dr. López Mesa -con precisas citas de los maestros Podetti y Plá Rodríguez-, esa preeminencia de la realidad, derivación necesaria el principio protectorio que tiende a nivelar la desigualdad de las partes del contrato provocada por la hiposuficiencia del trabajador, conduce a que en caso de divergencia entre lo verdaderamente acontecido en los hechos y lo atestado en los documentos, corresponde otorgar prelación a lo fáctico sobre lo documental (c. 276/08 S.D.L. 7/09).---------- De su parte, J. C. F. declaró lo que pudo observar como proveedor de materia prima del demandado, que cuando concurría al local veía a la actora porque ella “estaba ahí”, mas él -el declarante- se manejaba con la encargada o el dueño (fs. 103, resps. a las grales. de la ley y a las pregs. 2da., 4ta. y 10ma.). Desde luego, de esas fugaces visitas al comercio y ningún trato con la demandante no pudo derivar sino un escaso conocimiento de los hechos.---------- --III.- Pues bien, si repostera la actora a su relación laboral le es aplicable la convención celebrada por el gremio de esa actividad, esto es la F. A. de T. P., C., H., P. y A., y no el C.C.T. 130/75 que rige los vínculos de los empleados de comercio.---------- --La convención aplicable no es sin embargo la n° 272/96 citada en el escrito demanda. Tal convenio en efecto rige territorialmente en parte de la Provincia de Buenos Aires (v. su art. 3). El aplicable en el resto del país, incluso en el Chubut, es el C.C.T. 329/00 (art. 3 del mismo). A la lumbre de las disposiciones del C.C.T. 329/00 ha de juzgarse el caso, sin que interese que la actora no lo haya citado expresamente en su demanda, porque la individualización prevista en el art. 8 L.C.T. sólo apunta a dispensar su prueba y porque tal exigencia de identificación no debe ser entendida como obligando a la mención del número de la convención, fecha o denominación de las partes concertantes, bastando la enunciación de datos suficientes para particularizarlo, como aquí fue el individuar la actividad que regía el mismo (esta sala, c. 636/09 S.D.L. 91/09).---------- --Dentro de dicha convención, a la actora, como elaboradora de chocolate en conjunto con otras personas, le corresponde la categoría de Oficial Pastelero, es decir la persona que secunda al maestro pastelero en sus tareas, ejecutando sus directivas y suplantándolo en caso de ausencia (art. 18 C.C.T. 329/00).---------- --Así entonces, los créditos que el “a quo” reconociera a la actora en decisiones firmes por ausencia de recurso y agravios al respecto, han de ser reliquidados en la etapa de ejecución de sentencia (art. 516 C.P.C.C.), determinando los haberes

efectivamente devengados según el escalón salarial que a una Oficial Pastelera del C.C.T. 329/00 le correspondía percibir por jornadas laborales completas de ocho horas y con una antigüedad que se remonta al 16/8/07 y estableciendo a partir de ellos las diferencias insolutas.----------

---- --IV.- Por las razones expuestas propongo en este acuerdo la parcial revocación de la sentencia en crisis, a fin de reconocer a la actora la apuntada categoría laboral y proceder a la reliquidación de sus créditos del modo antedicho.----------

---- --No será menester, de acuerdo con la manda del art. 279 C.P.C.C., adecuar a este pronunciamiento la condena en costas pronunciada y los honorarios regulados en la anterior instancia. Las primeras, porque impuestas ellas íntegramente al demandado -no obstante la desestimación de dos reclamos actorales- sin que ello motivara impugnación alguna del perjudicado y aumentada ahora la condena con la recepción de uno de los ítemes originariamente rechazados, nada lleva a variar tal condena en costas cuya modificación constituiría una inaceptable "reformatio in peius". Los segundos, porque establecidos los emolumentos en alícuotas porcentuales su ajuste al nuevo importe de la condena operará automático.----------

---- --Triunfante el único agravio de la recurrente, las costas de segunda instancia han de imponerse al demandado vencido en ella (art. 59 de la Ley 69). Vista la calidad, extensión y resultado de las labores profesionales desplegadas en la alzada, propicio regular los honorarios de los Dres. N. I. S. e I. R. C. P. en la suma equivalente al 2,75 % del monto del proceso a liquidarse para cada uno de ellos (arts. 6, 7, 9, 10, 19, 47 del Dec.-ley 2.200).---------- --Consecuentemente, me expido en esta cuestión PARCIALMENTE POR LA NEGATIVA.----------

---------- ---- **A ESTA MISMA CUESTIÓN,** dijo el Dr. Ferrari: ---------- I. Con la reseña efectuada por el colega de primer voto quedan satisfechas las exigencias del rito referidas a la relación sucinta de los antecedentes y cuestiones que informan el caso (arts.163 y 164, C.P.C.C.), sin que resulte necesario abundar al respecto, por lo que abordaré directamente el tratamiento del agravio que motiva la convocatoria a este acuerdo.-------

---------- II. Así, pues, respecto de la categoría de revista de la actora, no dudo en considerar que le asiste razón a la apelante.---------- Para comenzar, la prueba testimonial arroja evidencias inequívocas acerca de que la trabajadora realizaba tareas como repostera en el establecimiento del demandado, consistentes en la elaboración de productos de chocolatería (conf. testigos N. – fs. 97 – resp. a la 1era. preg., fs. 97 – id. Test. R., resp. a la 1era. preg., fs. 98 – id. Test. G., quien dijo que todos sabían hacer chocolates – resp. a la 8va., fs. 99 – id. C. V., resp. a la 1era., fs. 100).---------- La declaración de M. G. M. se contrapone abiertamente con las anteriores. Esta testigo sostuvo que "el único

chocolatero era el dueño y traía otros chocolateros de Madryn” (resp. a la 4ta., fs. 101). Sin embargo, en la valoración de dicho testimonio no puede soslayarse que: a) la declarante manifestó desempeñarse como encargada del establecimiento demandado; b) que dijo haber sido concubina del demandado, y que por dicha razón manifestó ser la esposa de B. en el acta de inspección labrada por la Subsecretaría de Trabajo en noviembre de 2007 (ver fs. 59), en la que además se declaró a la actora como “repostera” (ver fs. 60). Dichas circunstancias, apreciadas conforme a las reglas de la sana crítica (arts. 386, 456, C.P.C.C.; arts. 45 y 76, ley N° 69), echan un manto de duda acerca de la imparcialidad de la nombrada y la eficacia convictiva de su testimonio, que no logra prevalecer sobre las concordantes versiones en contrario de los otros tres testigos ya nombrados.---------- Tampoco aquilatan suficiente aptitud persuasiva para contradecir las declaraciones de los cuatro testigos mencionados en primer término las atestaciones de B. (fs. 102) y de Felipe (fs. 103), ya que ninguno de ellos brinda precisiones concretas acerca de este hecho controvertido que puedan haber resultado de sus percepciones directas y personales (arts.386, 456, C.P.C.C. – su doctrina).---------- En síntesis, considero que ha sido debidamente probado en el curso del proceso que la actora realizaba tareas de chocolatería, tal como lo adujera al promover la demanda.---- III. A partir de la comprobación precedente, corresponde ahora establecer la categoría de revista y el convenio aplicable a la relación laboral entre la trabajadora y su ex patronal.---------- Al respecto y concordando con el Dr. Velázquez, opino que en uso de las facultades inherentes al tribunal (“iura curia novit” -arts. 34 inc. 4º y 163 inc. 6º del C.P.C.C.; art. 70, inc. 4°, ley N° 69; su doctrina), debe calificarse jurídicamente la relación con independencia de la errónea cita convencional de la demandante. En efecto, el CCT 272/96 invocado por la actora no rige en nuestra provincia, mientras que sí tiene vigencia en cambio el CCT 329/00 de los trabajadores Pasteleros, Confiteros, Heladeros, Pizzeros y Alfajoreros, respecto de la actividad desplegada por ella en el establecimiento demandado.---------- Dentro de dicha convención colectiva, teniendo en cuenta las modalidades y características de las tareas que –según se probó en autos- realizaba la actora, cabe encuadrarla dentro de la categoría prevista el art. 18 - Categoría 2 - Oficial pastelero, que es quien “Secundará al maestro pastelero en sus tareas, ejecutará sus directivas y lo suplantará en caso de ausencia del maestro”.---------- IV. A consecuencia de esta modificación del fallo apelado, en la instancia de origen corresponderá reliquidar los rubros acogidos en la etapa de ejecución de sentencia conforme a los salarios que correspondan a la categoría convencional ya indicada a fin de establecer las diferencias salariales adeudadas.---------- V. En cuanto a las costas de alzada, deberá soportarlas la demandada vencida (art. 59, ley N° 69), fijándose los honorarios por las actuaciones profesionales cumplidas en esta sede por los Dres. N.

S. e I. C. P., en conjunto, atendiendo a la extensión, calidad, eficacia de sus tareas y al resultado obtenido, en el 2,75% del monto del proceso debidamente liquidado (arts. 6, 14, 47 y conc., Decr. Ley 2.200).---------- ---------- Voto a esta cuestión PARCIALMENTE POR LA NEGATIVA.----------

---- **A ESTA ÚLTIMA CUESTIÓN** el Dr. Velázquez respondió: ----------

---- Frente al acuerdo antes alcanzado, corresponde: ----------

---- --A) Revocar parcialmente la sentencia apelada a fin de reconocer a la actora la categoría laboral por ella alegada y proceder en consecuencia en la etapa de ejecución de sentencia a la reliquidación de todos los créditos que el “a quo” reconociera, determinando los haberes efectivamente devengados por ella según el escalón salarial que a una Oficial Pastelera del C.C.T. 329/00 le correspondía percibir por jornadas laborales completas de ocho horas y con antigüedad desde el 16/8/07 y estableciendo a partir de ellos las diferencias insolutas.----------

---- B) Imponer las costas de segunda instancia al demandado.----------

---- C) Regular los honorarios de los Dres. N. I. S. e I. R. C. P., por sus labores de alzada, en la suma equivalente al 2,75 % del monto del proceso a liquidarse para cada uno de ellos.---------- ASÍ LO VOTO.----------

---

--- **A LA SEGUNDA CUESTIÓN,** el Dr. Ferrari expresó: ----------

--- Tal como ya lo adelanté, comparto la resolución propuesta por el Dr. Velázquez, votando en sentido idéntico.----------

--- 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, To. Ley 4550).----------

--- Trelew, de febrero de 2.010.----------

--- 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**: ----------

--- REVOCAR PARCIALMENTE la sentencia apelada a fin de reconocer a la actora la categoría laboral por ella alegada y proceder en consecuencia en la etapa de ejecución de sentencia a la reliquidación de todos los créditos que el “a quo” reconociera, determinando los haberes efectivamente devengados por ella según el escalón salarial que a una Oficial Pastelera del C.C.T. 329/00 le correspondía percibir por jornadas laborales completas de ocho horas y con antigüedad desde el 16/8/07 y estableciendo a partir de ellos las diferencias insolutas.----------

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

--- REGULAR los honorarios de los Dres. N. I. S. e I. R. C. P., por sus labores de

alzada, en la suma equivalente al 2,75 % del monto del proceso a liquidarse para cada uno de ellos.----------

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

REGISTRADA BAJO EL Nº _____ DE 2.010 – SDL.- Conste.-

cg