--- 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: **“CAPDEVILLA, Raúl Alejandro c/ FRIOSUR S.R.L. s/ diferencia de haberes e indem. de ley”** (Expte. nº 771 - 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. 188.----------

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

----I.- La sentencia de primera instancia desestimó la demanda de diferencias salariales por considerar que el actor estuvo bien encuadrado en la categoría “maestranza B” del C.C.T. 130/75, toda vez que no fue acreditado en autos el desempeño como “chofer de 2da.” del C.C.T. 40/89 que él alegara. Basó el juzgador su decisión en la prueba testifical rendida y en el indicio suministrado por lo tardío de su reclamo de diferente encuadre recién en agosto de 2007, habiendo él estado siempre registrado como empleado de depósito y solicitado su afiliación al Sindicato de Empleados de Comercio.

----Apeló tal decisión el perdidoso, fundando su recurso a fs. 180/181 vta. en que el “a quo” habría realizado una errónea apreciación de las pruebas, toda vez que soslayó la importancia de la documental, dando en cambio preeminencia a la testimonial, sin atender a que a los testigos aportados por la demandada les comprendían las generales de la ley como dependientes de ella, a que los dichos de los declarantes Godoy y Griffiths fueron idóneos y asertivos y a que el argumento relativo a la oportunidad del reclamo de recategorización violenta el principio de irrenunciabilidad de los derechos del trabajador. ----------

----Dicha pieza de agravios halló réplica en la presentación de la demandada de fs. 183/184 vta. ----------

----II.- Al inclinarse el sentenciante de origen por formar su juicio sobre la base de las declaraciones testificales, en lugar de hacerlo apoyándose en los documentos, no hizo sino ceñirse al principio de primacía de la realidad, de acuerdo al cual en el ámbito de los pleitos laborales 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, c. 286/09 S.D.L. 40/09). Cual señalara en meduloso voto el colega de sala Dr. López Mesa -con precisas citas de Podetti y Plá Rodríguez-, esa preeminencia de la realidad 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).----------

----III.- El agravio relacionado con la apreciación de los testimonios no importa una crítica concreta y razonada como la que el art. 265 C.P.C.C. impone al apelante para la suficiencia de su recurso.----------

----El Señor Magistrado del grado precedente brindó a fs. 173 vta., párr. 1° las precisas razones por las que se inclinaba por reconocer mayor poder convictivo al grupo de declarantes ofertados por la demandada y el recurrente no ha expuesto en su contra argumentos alguno tendiente a desmerecerlas, ya que se limitó a indicar que a los testigos aportados por la empresa les cabían las generales de la ley en tanto dependientes que eran de la misma.----------

----No es ese un motivo bastante para apartar los dichos de tales deponentes del plexo probatorio. Esa circunstancia por sí sola no es bastante para deshecharlos, sino que únicamente lleva a una valoración más rigurosa de los testimonios, de manera que si éstos lucen claros y coherentes no corresponde excluirlos del cuadro de la prueba (arts. 386, 441 inc. 5º C.P.C.C., su doc.; esta alzada, c. 19.939 S.D.L. 63/04, c. 21.501 S.D.L. 44/06, c. 22.230 S.D.L. 49/07, c. 22.472 S.D.L. 83/07, entre otras y sus citas). Como estos deponentes se expidieron sobre los hechos acerca de los cuales versó el interrogatorio de modo claro, preciso y coherente, sin autocontradicciones ni contrastes entre sí, nada los hace sospechosos de mendacidad, la que por otra parte no se presume, en tanto, cual ha subrayado la doctrina, el testimonio se funda en la doble presunción de la conformidad del conocimiento del testigo con la realidad y de su fundamento moral; es decir, que el testigo no se ha engañado y de que no trata de engañar al juez (confr.: Alsina, “Tratado...”, 2da. ed., III-530/531, nros. 1 “a” y 2 “b”; Framarino dei Malatesta, “Lógica de las pruebas...”, Bogotá 1964, II-53/63). ----------

----Así entonces, para alcanzar la suficiencia de su expresión de agravios hubo el recurrente de añadir a lo escuetamente expuesto argumentos fácticos y jurídicos apuntados a conmover las razones por las que el Señor Juez “a quo” prefirió atender a las deposiciones que seleccionara para formar su convicción.----------

----IV.- Si bien es cierto que el silencio del trabajador no puede ser entendido como una renuncia a sus derechos, no lo es menos que esa actitud silente mantenida por un largo período constituye un indicio que puede venir a corroborar pruebas colectadas en la causa, constituyendo así base para una presunción “hominis” (art. 163 inc. 5° apdo. 2° C.P.C.C.). Así en esta especie la falta de reclamaciones del actor para que se lo recategorizara como chofer configura un hecho indiciario que ha venido a acoplarse a las probanzas testificales demostrativas de que no cumplía esa función.----------

----En cuanto a que sólo quedó él en condiciones de realizar reclamos luego que el 15/8/07 fuera “resuscripto” el convenio para la aplicación del C.C.T. 40/89, señalaré que si el original de tal pacto había sido refrendado el 10/7/06 desde esta última data tuvo abierta la posibilidad de la solicitud.----------

----V.- Tales son las razones que me conducen 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. 58 de la Ley XIV n° 1, ex art. 59 de la Ley 69), regulando los honorarios del Dr. Andrés M. Sobieralski, por sus tareas de alzada y atendiendo a la extensión, calidad y resultado de ellas, en la suma de $ 1.950 (arts. 5, 6, 8, 13, 18, 46 de la Ley XIII n° 4, ex arts. 6, 7, 9, 14, 19 y 47 del Dec.-ley 2.200), sin que corresponda en cambio regular honorarios al letrado apoderado del actor Dr. Enrique A. Maglione vista la condena en costas al cliente y el pacto de cuota litis homologado que los vincula (fs. 3 y 58; art. 3 ley cit.).----------

----Me pronuncio aquí entonces por la AFIRMATIVA. ----------

---- **A LA PRIMERA CUESTIÓN**, el Señor Juez de Cámara Doctor 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.----

--- En cuanto al agravio relativo al cuestionamiento de la preeminencia de la prueba testimonial rendida en autos por sobre la documentación colectada, debo decir que el mismo resulta inatendible, al colisionar con la doctrina legal vigente en la materia.---------

--- Coincido con el colega de primer voto sobre que el juzgador de grado no ha hecho en este caso particular y concreto nada cuestionable al dar preeminencia a las declaraciones testimoniales por sobre los documentos; ello así, por cuanto al hacerlo no ha hecho otra cosa que aplicar el principio de primacía de la realidad. ----------

--- Sobre el alcance del mismo, cuadra referir los desarrollos que hiciera en mi voto de la causa “VEIGUELA, Pablo Fabián c/ CADENA DE HOTELES RH. S.A. y/otro s/ cobro de pesos - laboral” (Expte. n° 290 - año: 2008), en sentencia del día 23/2/09. Dije allí que el principio de la primacía de la realidad "significa que en caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que surge de documentos o acuerdos, debe darse preferencia a lo primero, es decir a lo que sucede en el terreno de los hechos (Plá Rodríguez). La consecuencia práctica es que comprobada la inadecuación documental o contractual a la realidad de la relación laboral de que se trate, son de directa aplicación las normas imperativas que la rigen, a despecho de la que se aparentó” (PODETTI, Humberto A., “Los principios del derecho del trabajo”, en “Instituciones de derecho del trabajo y de la seguridad social”, Néstor DE BUEN LOZANO - Emilio MORGADO VALENZUELA (Coordinadores), UNAM, México, p. 149). ----------

--- En palabras certeras –como todas las suyas- el viejo maestro platense de Derecho Laboral y ex Decano de la Facultad de Derecho de La Plata, el Prof. Benito Pérez, puso claridad en el tema al sostener que “… el contrato de trabajo, por la naturaleza de su objeto, el espíritu que lo informa, el carácter imperativo de las disposiciones que reglamentan su ejecución, basadas en principios de orden público, es una institución inasimilable a los contratos del derecho común, de locación de servicios, de compraventa, de mandato y de sociedad, todo lo cual viene a poner de manifiesto que

el contrato de trabajo es una institución de principios jurídicos propios, que determinan la particularidad de su naturaleza jurídica y condicionan la formación de una nueva rama del derecho" (PÉREZ, Benito, "Derecho del trabajo", Edit. Astrea, Bs. As., 1983, § 27 in fine).----------

--- El contrato de trabajo requiere esencialmente del influjo de la realidad para desarrollarse y debe ser inmune o hermético a las apariencias y maquinaciones, creadas para maquillar la realidad o desnaturalizarla. Contrato de trabajo y realidad son conceptos inseparables y, constatada la distorsión entre las formalizaciones o instrumentaciones escritas y la realidad efectiva, deben apartarse éstas y privilegiarse los vestigios de aquélla.----------

--- Si el contrato de trabajo es un contrato asaz especial, y en él rige con toda fuerza el principio de primacía de la realidad la preeminencia dada por el juzgador de grado a la declaración testimonial de varios declarantes contestes ha sido bien preferida por sobre la documentación agregada a la causa, que no tiene el mismo poder convictivo en este caso, dadas las particularidad y datos de unas y de otra. ----------

--- El principio de primacía de la realidad tiene puntos de contacto directos y sensibles con otros dos principios del derecho del trabajo: el principio protectorio y el de buena fe.

--- Por ello, es claro que la realidad es una y solo una y que ella, una vez constatada, es oponible a ambas partes de la relación laboral, pues si bien es cierto que el principio de primacía de la realidad es, en algún segmento, una derivación del principio protectorio; también lo es, que en otra de sus extensiones, cuando no se trate en puridad de proteger al obrero sino de salvaguardar el principio de buena fe en las relaciones laborales, el principio de primacía de la realidad adquiere un radio de giro independiente del principio protectorio, con lo que no coinciden exactamente los ámbitos de uno y otro, aún cuando se superponen en un buen segmento.----------

--- De tal manera, resulta inatendible la alegación defensista de que la a quo debió dar preeminencia a los instrumentos por sobre las declaraciones testimoniales, por cuanto resultaría un yerro otorgar dicha primacía a tales instrumentos sobre declaraciones testimoniales que son coherentes, convincentes y concordantes. Lo contrario implicaría hacer tabla rasa con el principio de primacía de la realidad, conforme al que en los contratos de trabajo interesan más los hechos que las formalidades instrumentales o las meras apariencias (cfr. arts. 7 y 14 L.C.T.) (cfr. mi voto de la causa "VEIGUELA, Pablo Fabián c/ CADENA DE HOTELES RH. S.A. y/otro s/ cobro de pesos - laboral" (Expte. n° 290 - año: 2008), en sentencia del día 23/2/09).----------

--- Exactamente lo mismo cabe sostener aquí, por lo que el agravio en análisis debe, pues, ser desestimado, dado que el mismo carece de andamiento.----------

--- En lo tocante al cuestionamiento relativo a la apreciación de la prueba testimonial, el mismo no alcanza a superar la barrera técnica levantada por el art. 265 CPCyC, al no comportar una crítica frontal, concreta y razonada como la que el mismo exige a los apelantes para abrir el canal recursivo.----------

--- Además, cabe consignar, en primer lugar, 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 (cfr. mi voto en sentencias de esta Sala, del 13/10/09, in re "Jaime, Cristian Darío c/ Piedra Púrpura S.A. s/ Cobro de pesos" (Expte. 325 - Año 2009 CANE); ídem, 12/11/08, in re "Larrain, Aldo c/ Salas, Ricardo s/ Cobro de pesos" (expte. 117, año 2008); ídem, 4/4/08, "Pacetti Verónica c/ Motrico Héctor Oscar s/ Dif. de hab. e indem. de ley" (Expte. N° 22.785 - Año 2008); Ídem, del 19/6/08, in re "FANIA, Rubén Daniel c/ BENITEZ HUGO S.R.L. y otros s/ Indem. de ley" (registrada como SDL 38/08); ídem, 18/6/2008, "VIERA, Lidia Nelphie y otro c/ Línea 28 de Julio 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, "GRIGNA, Néstor Francisco c/ PEREZ, Ramón Leopoldo y/o q. rte. resp. laboral de Electrónica Trelew s/ Indem. de ley", registrada al Nro. 50 de 2008 SDL; ídem, 8/9/06, "SERRAGO, Juan Gabriel c/ SERVICIO INTEGRAL ALEM S.R.L. s/ cobro de pesos - laboral", registrada bajo el Nro. 56 DE 2.008 – SDL; ídem, 20/9/08, "SALGADO MANUEL C. CHEUN RICARDO 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, ARSICH, Sergio Alejandro c/ SALINAS, Héctor 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, "FIGUEROA, Mabel c/ BERTUCCI, Oscar Héctor 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).----------

--- Es decir que, para el cuestionamiento de la apreciación de la prueba efectuada por el juez, se requería un esfuerzo adicional por parte del apelante. Un esfuerzo que patentizara un ejercicio disfuncional, arbitrario, desafortunado, fuera de lo opinable de la apreciación de la prueba por el juez, como dije, mettier ejercido dentro del núcleo de legítimo arbitrio que el ordenamiento le concede.----------

--- Y ello me lleva a un segundo peldaño: la apelante no ha traído precisiones a su cuestionamiento, lo que ha resultado fatal para su suerte en la liza, como que no ha logrado –no ya prosperar con su embate- si no ni siquiera llenar las exigencias que el art. 265 CPCyC le ponía delante como umbral de admisibilidad, previo y condicionante de la procedencia de su pretensión revisora. ----------

--- Es 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 resolución (cfr. mi voto en sentencias de esta Sala, del 13/10/09, in re "Jaime, Cristian Darío c/ Piedra Púrpura S.A. s/ Cobro de pesos" (Expte. 325 - Año 2009 CANE);.----------

--- Recurrir no es expresar matices sino descubrir y patentizar desaciertos. Recurrir no es plantear opiniones divergentes a la del fallo atacado, sino demostrar que éste no se sustenta en derecho o contraviene las constancias de la causa.----------

--- El Sr. Juez de grado a fs. 173 vta., dio razones para inclinarse por dar mayor poder convictivo al grupo de testigos ofrecidos por la accionada, fundamentos que no han sido conmovidos por el recurrente, quien no ha expuesto en su contra motivo alguno suficiente para menguar la fuerza discursiva del decisorio.- ----------

--- El apelante se ha limitado a señalar que a los testigos traídos por la accionada les comprendían las generales de la ley, al ser dependientes de la misma.----------

--- Ya he dicho en anteriores votos que (cfr. mi voto, en decisión de esta Sala del 04/06/09, in re “SILVA, Natalia Fernanda c/ SIM MOVIL S.R.L. s/ dif. de hab. e indem. de ley” Expte Nº 232- 2009 (C.A.N.E), que la presunta inhabilidad de un testigo fundada en su condición de empleada de la demandada no resiste el análisis: ello, pues con el criterio que pretende aplicar la apelante no podría ningún compañero de tareas ser testigo hábil, pues todos ellos serían dependientes técnicos y económicos de la demandada, lo cual como concepto es inadmisible. ----------

--- No se trata de un motivo bastante para apartar los dichos de los deponentes tenidos en cuenta por el a quo del plexo probatorio. Y dado que los testigos se pronunciaron sobre los hechos discutidos en la causa de manera clara, concreta y coherente, sin contradicciones, y no se han patentizado motivos atendibles para descartar su aplicación, su declaración resulta admisible y descartable el agravio que sostiene lo contrario. ----------

--- Por tales fundamentos, habré de proponer al acuerdo la confirmación del decisorio de fs. 172/174vta. en cuanto ha sido materia de recurso y agravios, con imposición de las costas de alzada a la apelante vencida en esta instancia (cfr. art. 59, Ley 69).----------

--- Asimismo habré de propiciar la regulación de los emolumentos curiales de esta instancia, devengados por el Dr. Andrés M. Sobieralski, en atención a la extensión, calidad y resultado de sus tareas de alzada, en la suma de pesos un mil novecientos cincuenta ($ 1.950) (arts. 5, 6, 8, 13, 18 y 46 de la Ley XIII N° 4). En cambio, no se regularán estipendios al abogado del actor -Dr. Enrique A. Maglione-, en virtud de que habiendo sido condenado en costas su cliente, el pacto de cuota litis oportunamente suscripto entre ambos y homologado en autos (cfr. fs. 3 y 58), veda tal regulación (cfr. art. 3 Ley XIII N° 4). ----------

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

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

----Ante el acuerdo antes alcanzado, corresponde confirmar la sentencia apelada en todo cuanto fuera materia de agravios, con costas de segunda instancia al recurrente y regulando los honorarios del Dr. Andrés M. Sobieralski, por sus labores de alzada, en la suma de $ 1.950, sin que corresponda en cambio regular honorarios al letrado apoderado del actor Dr. Enrique A. Maglione. ----------

----ASÍ LO VOTO. ----------

--- **A LA SEGUNDA CUESTIÓN**, el Señor Juez de Cámara Doctor 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 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**: ----------

--- CONFIRMAR la sentencia apelada en todo cuanto fuera materia de agravios; ----------

--- IMPONER las costas de segunda instancia al recurrente y regulando los honorarios del Dr. Andrés M. Sobieralski, por sus labores de alzada, en la suma de $ 1.950, sin que corresponda en cambio regular honorarios al letrado apoderado del actor Dr. Enrique A. Maglione.----------

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

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

cg

JOSE PABLO DESCALZI
SECRETARIO DE CAMARA