000535/2010

--- En la ciudad de Trelew, a los días de diciembre 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. Carlos A. Velázquez y Carlos Dante Ferrari, para celebrar acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **“M., W. A. c/ V., R. E. y/o q´ Rlte. Prop. y/o Poseedor de F. de E. V. s/ Diferencia de haberes e indemn. de ley” (Expte. 535 – Año 2010 CAT)**, 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. 174.----------

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

----I.- La sentencia de primera instancia rechazó la demanda instaurada por considerar el Señor Magistrado “a quo” no acreditada la existencia del contrato de trabajo que el actor invocara como “causa petendi” de su pretensión y el demandado negara.----------

----Apeló tal decisión el demandante quien, en apretada síntesis de su extensa pieza de agravios, alineó contra ella las siguientes impugnaciones: ----------

----A) El sentenciante omitió valorar pruebas esenciales y decisivas, como lo fue el testimonio de A. B., quien manifestó haber visto al actor trabajar en el establecimiento del demandado como sereno y con funciones propias de ayudante de cocina a lo largo de cinco años. Tal declaración es concordante además con las vertidas por los testigos E. y C.----------

----B) Tampoco apreció el juzgador el acta labrada ante la Secretaría de Trabajo local, ocasión en la que el apoderado del demandado manifestó que el reclamante efectuaba trabajos de tipo accidental en forma esporádica, lo que equivalió a reconocer la prestación de servicios eventuales, carácter este último que el demandado debió acreditar en la causa demostrando la exigencia extraordinaria y transitoria de la empresa que condujo a la contratación.- ----------

----C) Dejó el “a quo” igualmente de valorara las fotografías agregadas a los autos que muestran al actor trabajando en la fábrica.- ----------

----D) Los tres elementos de juicio antes indicados -testificales, acta ante la Secretaría de Trabajo y fotografías- demuestran la prestación de servicios y a partir de ella era operativa la presunción de existencia del contrato de trabajo consagrada por el art. 23 L.C.T., de modo que tocaba al demandado que pretendía excepcionarse acreditar que los trabajos eran sólo accidentales.----------

----E) Las declaraciones de los testigos P., P. y P. han sido sacadas de contexto, pues ellos no expresaron que luego de las 14 hs. no se trabajara en el establecimiento, sino que no eran desarrolladas tareas de producción, que no eran las cumplidas por el actor, de modo que el hecho de que no hubiere labores de elaboración y cocción luego de la hora indicada no desmiente que el actor se desempeñara en otras tareas de 22 a 06 hs.

No es exacto tampoco que dichos deponentes expresaran que al actor lo vieron en contadas ocasiones haciendo changas, porque sólo uno de los declarantes se refirió a que el demandante hacía changas, mientras que otro dijo que aquél hacía algunas guardias de vez en cuando y un tercero manifestó ignorar la razón por la cual estaba en la fábrica.----------

----F) El sentenciante no tuvo en cuenta la parcialidad de los testigos aportados por el demandado, a quienes les comprendían las generales de la ley por ser dependientes de aquél.- ----------

----G) El “a quo” soslayó la aplicación del brocardo “in dubio pro operario” que la Ley 26.428 reintrodujera en el texto del art. 9 L.C.T. ----------

----H) Los honorarios regulados al letrado apoderado del demandado son desproporcionadamente altos.- ----------

----I) La sentencia es incongruente, pues ha sido basada más en la voluntad del juez que en las constancias de la causa y exhibiendo una motivación insuficiente.- ----------

----II.- A mi juicio, los testimonios rendidos a propuesta del actor para acreditar el contrato de trabajo que alegara como título de pedir de su pretensión carecen de poder de convicción, en atención a lo no confiable de las fuentes de los conocimientos invocadas por los declarantes. Resulta casi superfluo resaltar la importancia que para la apreciación de esta especie de prueba reviste la razón de los dichos, en tanto es ella la que informa acerca de las circunstancias de lugar, tiempo y modo de adquisición del conocimiento por el testigo de los hechos sobre los que depone, elemento esencial entonces para la adecuada crítica del testimonio (art. 449 “in fine” C.P.C.C., antes art. 445, su doc.; este cuerpo, c. 21.157 S.D.L. 20/06, c. 22.374 S.D.L. 7/08, c. 22.899 S.D.L. 68/08, c. 229/08 S.D.L. 2/09).- ----------

----Aun el testigo A. B., cuya declaración el recurrente enfatiza como dirimente, brindó una magra razón de su saber, pues dijo haber visto al actor laborar en el establecimiento cuando visitaba el lugar en promedio una vez por mes, permaneciendo allí unos diez o quince minutos (fs. 132 vta., resps. a las repregs. 1era., 2dfa. y 7ma.). Escasa frecuencia y duración de las visitas para dar fe que el demandante se desempeñaba en el lugar todas las noches, de domingo a viernes, de 22 a 06 horas.----

----Lo mismo acontece con la deposición de E. H. C., quien ingresó al establecimiento en una sola oportunidad y llevó en su automóvil hasta el lugar al actor unas cuantas veces, en rigor únicamente en cuatro o cinco ocasiones (fs. 109/110, resps. a las pregs. 6ta., 8va. y 1era. repreg.). Es más, declaró el testigo que si bien vio al actor realizar labores de lavado de tripas y pelado de cebollas -seguramente en la sola oportunidad en que ingresó a la fábrica-, ignora si esas eran las tareas de él (resp. a la repregs. 7ma).----------

----No mejor fue la fuente de conocimiento del deponente E. R. E., pues dijo saber de los hechos debatidos porque pasaba por el lugar a dejarle el diario al actor todas las

noches entre las 23 y las 24 hs., mas sin ingresar nunca en el establecimiento (fs. 112, resp. a las pregs. 6ta., 9na. y a la repreg. 1era.).- ----------

----En suma, no cabe atribuirle fuerza convictiva a estas testificales porque no merece credibilidad el testimonio si la razón de su ciencia es insuficiente, oscura o incierta (confr.: Amaral Santos, “Prova judiciaria no civel e comercial”, 3era. ed., ed. Limonad, Sau Pablo 1964, To. II, nros. 81, 82, 86; De Paula Pérez, “La prueba de testigos en el proceso civil español”, Reus, Barcelona 1968, págs. 188/202).----------

----Por otro lado, el testigo L. F. L., quien vio al actor únicamente un par de veces en el establecimiento, declaró saber que éste no fue empleado del demandado, sino que en algunas oportunidades hizo “changas” como sereno, añadiendo que antes de ser contratada la empresa de seguridad que actualmente presta esos servicios, la fábrica no tenía sereno permanente y sólo en algunas ocasiones fue contratado el demandante como sereno pero no en forma continua (fs. 108/vta., resps. a las pregs. 4ta., 5ta., 7ma. y 13era.).----------

----Coincidió en lo sustancial con tal versión el declarante M. A. P., al exponer que el actor hacía algunas guardias de vez en cuando en calidad de sereno (fs. 113, resp. a la preg. 10ma.).----------

----Poco o nada aportó el testigo E. M. P., que vio al actor en la fábrica muy pocas veces e ignorando porqué estaba allí (fs. 111, resp. a la preg. 8va.).- ----------

----Por cierto que a estos tres últimos deponentes les comprenden las generales de la ley en su calidad de dependientes del demandado (fs. 108, 111 y 113, resp. respectiva), cual el actor hiciera notar a fs. 115 , pero ello no es bastante para desechar las declaraciones, sino que únicamente lleva a una valoración más rigurosa, de manera que si los dichos lucen claros y coherentes no corresponde excluirlos del cuadro de la prueba (arts. 390, C.P.C.C., antes art. 386, su doc.; esta alzada, c. 22.230 S.D.L. 49/07, c. 22.472 S.D.L. 83/07, c. 771/09 S.D.L. 6/10, c. 501/10 S.D.L. 48/10, entre otras y sus citas). Precisamente, la calidad de empleados de la empresa fue la que les permitió conocer las circunstancias en modo más o menos directo y no por visitas circunstanciales, algunas sin acceso siquiera al interior de la planta. Como estos declarantes 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., EDIAR, Bs. As. 1958, III-530/531, nros. 1 “a” y 2 “b”; Framarino dei Malatesta, “Lógica de las pruebas...”, Ed. Temis, Bogotá 1964, II-53/63).-

----Así pues, ante la contradicción entre los dos grupos de testificales que he citado, me inclino por receptar la versión dada por el segundo de ellos. Es sabido que cuando las versiones proporcionadas por distintos testigos no pueden ser igualmente exactas,

porque recíprocamente se excluyen, resulta preciso determinar cuáles de ellas aportan mayor fuerza de convicción (art. 390 C.P.C.C., antes art. 386, su doc.; este cuerpo, c. 20.230 S.D.L. 42/05, c. 21.157 S.D.L. 20/06, c. 22.433 S.D.L. 78/07, c. 22.604 S.D.L. 14/08) y en la especie la tiene superior la brindada por L. F. P.y M. A. P., que expusieron una fuente de conocimiento de los hechos más sólida que las indicadas por los restantes deponentes.- ----------

----III.- Tocante al acta labrada ante la Subsecretaría de Trabajo Provincial, sus constancias no resultan elemento de juicio dirimente en esta causa, pues en la ocasión el apoderado del demandado no reconoció la existencia de vínculo laboral entre las partes, que negó de manera expresa, manifestando que “el reclamante sólo efectuaba trabajos de tipo accidental en forma esporádica, transcurriendo a veces varios meses sin que se le requiriera la prestación de servicios a los que se denomina comúnmente de tipo changa” (fs. 8 del cuaderno de pruebas). Tales manifestaciones son coincidentes con lo expuesto en esta sede por los testigos ya indicados.----------

----En cuanto a las fotografías obrantes entre la documentación reservada, haré notar que todas ellas fueron obtenidas el mismo día 4/5/06, cual lo demuestran las datas que la cámara imprimiera automáticamente en las placas. No acreditan así la continuidad de las tareas y bien pueden corresponder con la realización por el actor de alguna de las “changas” referidas.- ----------

----IV.- En síntesis, lo probado en el proceso es que el demandante cumplió “changas” esporádicas.----------

----En lo que atañe a la norma del art. 9 párr. 2° L.C.T. que consagra el “in dubio pro operario” a la materia probatoria, precepto que el apelante invoca enfáticamente en su favor, dos razones coincidentes militan en contra de su aplicación al caso.- ----------

----De un lado, el despejar las dudas que la apreciación de la prueba deje subsistentes a favor del trabajador, supone que previamente ha sido demostrada esa calidad de trabajador, es decir la existencia del contrato laboral. Mal podríamos aplicar el “in dubio pro operario” si no fue acreditado que el litigante era en verdad operario, trabajador. La disposición sólo entra en juego entonces cuando se ha acreditado la relación laboral entre las partes, pero carece de eficacia para evidenciar la existencia misma de dicho vínculo (esta sala, c. 471/10 S.D.L. 43/10).- ----------

----De otra parte, he de traer a colación las textuales palabras que el Señor Juez de este tribunal Dr. Ferrari pronunciara hace poco tiempo, en el sentido “que la aplicación del principio in dubio pro operario contenido en dicha norma tiene como requisito la existencia de una duda, y que ésta debe ser razonable. Acerca de esta regla se ha puntualizado asimismo que, por aplicación del criterio general que rige sobre la carga de la prueba, no debe confundirse la duda nacida de pruebas válidas con la falta de prueba idónea, por lo que si según las reglas de la sana crítica racional no existe suficiencia en la prueba, no hay grado de duda que conduzca a la aplicación indiscriminada de dicho principio (ver, en este sentido, C.N. Trab., Sala II, 10/02/09,

S.D. 96374, Expte. 6.449/08, “Espindola, Zulma Beatriz c/ Patagonic Group S.R.L. s/ despido”, elDial AA51B8; confr., mis votos en exptes. 173/10 S.D.L. 28/10; 471/10 S.D.L. 43/10) y en el caso que nos ocupa, tal estado de duda no se presenta, a tenor de las probanzas consultadas al efecto”. Así se pronunció el colega en reciente caso con términos a los que nada cabe agregar por su claridad (c. 488/10 S.D.L. 45/120).- ---------

----V.- Párrafos aparte corresponde dedicar a la asimilación que el recurrente pretende hacer entre “changas” y contrato de trabajo eventual.- ----------

----El típico changarín es quien participa de una actividad fugaz que puede durar varios días, un día, medio día y no es un trabajador subordinado que presta su actividad a una organización empresaria ajena (confr.: C.N. Trab., Sala V, D.T. 1989-B-1154). Se tratan de locaciones de servicios u obras civiles extinguidas al fin de cada labor y que no crean la típica subordinación jurídica, técnica y económica del contrato de trabajo (esta sala, c. 15.018 S.D.L. 44/99). Recordaré con Vázquez Vialard que en la realidad de la vida “pueden darse situaciones especiales extremas, en que el contrato de trabajo, tal como lo concibe la doctrina laboral, no absorbe la figura (tradicional) de la locación de servicios “(Vázquez Vialard, “¿La figura del contrato de trabajo absorbió en su totalidad la locación de servicios del Código Civil?”, T. y S.S. I-353).----------

----Desde luego que, ante la rica casuística que en la realidad se presenta, la invocación del carácter de changarín por sí sola no excluye la posibilidad de verificar si las verdaderas modalidades de las prestaciones del sujeto demuestran que ha existido una relación laboral de carácter permanente, mas este aspecto debe surgir del análisis de cada caso concreto (confr.: C.N. Trab., Sala VII, 23/12/94, S.D. 24.250, cit. en “Manuales de Jurisprudencia La Ley - Ley de Contrato de Trabajo”,2da. ed., Ed. La Ley, Bs. As. 1998, pág. 41, sum. 94).----------

----Y en el subexamen no fue arrimada la menor probanza de la subordinación, nota típica y definitoria del contrato laboral, pues no existe elemento de juicio demostrativo alguno de que el actor recibiera órdenes del demandado y estuviera sometido a la dirección y poder disciplinario de éste. Es exacto que la satisfacción de la carga probatoria del contrato de trabajo puede verse facilitada por la presunción establecida por el art. 23 L.C.T. que el recurrente invocara, mas para que tal presunción opere es menester demostrar cabalmente no sólo el hecho físico de la prestación de servicios, sino, además, que ellos fueron cumplidos con subordinación, pues de la esencia misma del contrato de trabajo que se procura probar mediante la presunción legal es que los actos se realicen, las obras se ejecuten o los servicios se presten en favor de la otra parte “bajo la dependencia de ésta” (arts. 21 y 22 L.C.T.; esta alzada, c. 20.081 S.D.L. 5/05, c. 22.688 S.D.L. 29/08, c. 657/09 S.D.L. 86/09, c. 471/10 S.D.L. 43/10, entre innumerables otras). En idéntico sentido se han expedido los órganos judiciales superiores; así, nada menos que la Corte Suprema Nacional y el Superior Tribunal del Chubut (C.S.N., J.A. 2004-III-144; Sup. Trib. Jus., S.I. 197/94, JUBA base SCSURW sum. n° 3.0849).- ----------

----VI.- Restar referirnos a la pretendida incongruencia de la sentencia que fuera acusada por el apelante.----------

----Diré que no es tal. Por congruencia, en estricto sentido jurídico, se entiende la adecuada relación entre dos términos: de un lado, la pretensión deducida con más la oposición a ella en cuanto delimita o acota la anterior y, del otro, la sentencia que la decide (confr.: Guasp, “Derecho procesal civil”, 3era. ed.,ed. I.E.P., Madrid 1969, I-517; Morello y otros, “Códigos Procesales...”, 2da. ed., L.E.P., La Plata 1982, I-117; esta alzada, c. 10.113 S.D.C. 3/93, c. 11.016 S.D.C. 34/95, c. 11.357 S.D.L. 88/95, c. 13.916 S.D.L. 1/99, entre muchos). Y el fallo no vulneró dicho esencial principio de nuestro derecho procesal, pues decidió en forma expresa, positiva y precisa la pretensión sometida a juzgamiento (art. 165 inc. 6º C.P.C.C., antes art. 163), sin incurrir en vicios de “extra”, “ultra” o “citra petita”.- ----------

----VII.- Inadmisible es al ataque contra la regulación de honorarios practicada en la anterior instancia. Basta recordar que, cual muy reiteradamente y desde antiguo declaráramos, la apelación de honorarios de abogados posee una autonomía normativa, con especiales previsiones en cuanto al plazo y ocasión de fundamentarla, que impiden considerarla implícita en el recurso deducido contra la sentencia definitiva, aunque ese acto decisorio contenga la regulación (art. 48 de la Ley XIII n° 4, antes art. 49 del Dec.-ley 2.200, su doc.; c. 9.831 S.D.C. 34/92, c. 10.083 S.D.L. 104/92, c. 11.278 S.D.C. 19/95, entre innumerables otras posteriores). Inaudible resulta pues la queja traída por el recurrente, que apeló sólo la sentencia definitiva (fs. 157) pero no esos honorarios en la oportunidad y forma prevista en el art. art. 48 de la Ley XIII n° 4, cuestionándolos recién en ocasión de expresar agravios contra el fallo definitivo en el mérito.- ----------

----VIII.- Concluyo por lo hasta aquí expuesto que la sentencia atacada debe ser confirmada, con costas de segunda instancia al recurrente vencido en ella (art. 57 de la Ley XIV n° 1, antes art. 59 de la Ley 69).- ----------

----Vista la extensión, calidad y resultado de las labores profesionales cumplidas, propongo regular los honorarios de los Dres. G. J. y D. F. R., por sus tareas de alzada, en las sumas respectivas equivalentes al 1,75 % y al 1,75 % del monto reclamado en la demanda y sus intereses -asimismo demandados a fs. 3 pto. II y fs. 8 vta. pto. 6- a liquidarse hasta la data de este fallo según la tasa utilizada por el Banco del Chubut S. A. en sus operaciones de descuento (arts. 5, 6, 9, 13, 18, 46 de la Ley XIII n° 4, ex arts. 6, 7, 10, 14, 19, 47 del Dec.-ley 2.200; confr.: S.T.J., c. A 00070, 24/5/94, Jurisp. On line, sum. 02964, entre muchos otros; esta sala, c. 18.739 S.D.C. 45/03 c. 762/09 S.D.L. 3/10 y otras posteriores).- ----------

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

----**A LA PRIMERA CUESTIÓN**, el Señor Presidente de la Excma. Cámara de Apelaciones de Trelew, Doctor Marcelo López Mesa, expresó: ---------- ----------

--- Que las cuestiones fácticas han sido suficientemente referidas por el 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 relevantes traídos a revisión de esta Sala.-

--- Ingresando al tratamiento de los tópicos de necesaria resolución en esta sede, he de comenzar por abordar el tema de la supuesta omisión de considerar testimonios relevantes para la correcta resolución de la causa. Habiendo leído completa la causa y los testimonios esgrimidos por la apelante, no me queda más que coincidir con el criterio del vocal preopinante, ya que los testimonios de los Sres. B., C.y E. no son certeros ni convincentes, ya que la razón de sus dichos dada por los deponentes genera más dudas que certezas.----------

--- Si algo no son los testimonios arrimados a autos a sugerencia del actor para acreditar el contrato de trabajo es convincentes, al no ser confiable la fuente de percepción de los datos que aseveran. Como dijera en mi voto de la causa “L., R. H. c/ M. H., M. A. y R., J. F.s/ dif. de hab. e indem. de ley”, en sentencia de esta Sala del 14/04/2009, no debe olvidarse que un testigo es atendible cuando su declaración es idónea para crear la convicción del juez sobre la verdad de los hechos a los cuales refiere. En este orden, para apreciar la eficacia del testigo deben atenderse las circunstancias o motivos que corroboran o disminuyen la fuerza de sus declaraciones, pues ni el juramento de decir verdad impuesto por la ley ni las manifestaciones formuladas al responder por las generales de la ley impiden que el juez ejerza la potestad legal de apreciarlas según las reglas de la sana crítica (C. Nac. Civ., sala H, 18/11/96, “R. de O., M. J. v. Rojas, Julio C. y otro”, JA 1998-I, síntesis; esta Sala, 19/2/09, in re “A., A. B. c/ C. D. H. R.H. S.A. y/o q. rlte. Prep. y/o resp. s/ Dif. de hab. e indem. de ley” (Expte. n° 276 - año: 2008).---------- ---------

--- Agregué en mi voto que la razón de sus dichos que brindan los testigos es inverosímil si ellos deponen no sobre un único hecho sino sobre el cumplimiento de jornadas de labor durante largos períodos que exigirían que la razón dada en abono del testimonio sea concordante con esos hechos y con los períodos en que se afirma haberlos apreciado. Nada de ello se cumple respecto de los testigos de la actora en autos (conf. mi voto de la causa “L., R. H. c/ M. H., M. A. y R., J. F. s/ dif. de hab. e indem. de ley”, en sentencia de esta Sala del 14/04/2009).----------

--- Y reiteradamente el distinguido juez prevotante ha dejado sentado en sus medulosos votos que “sobreabundante casi es enfatizar la importancia que para la apreciación de esta especie de prueba reviste la razón de los dichos, en tanto es ella la que informa acerca de las circunstancias de lugar, tiempo y modo de adquisición por el declarante del conocimiento de los hechos sobre los que depone, elemento esencial entonces para la adecuada crítica del testimonio (art. 445 “in fine” C.P.C.C., su doc.; este cuerpo, c. 21.157 S.D.L. 20/06, c. 22.374 S.D.L. 7/08). Tal razón de ciencia debe resultar probable de acuerdo a las reglas de la sana crítica, esto es a las máximas de la

experiencia y principios de la lógica; no posee base lógica atribuir a alguien el cumplimiento de prestaciones laborales por ocho horas diarias y seis jornadas semanales con el único cimiento de haberla visto en el lugar de trabajo dos únicas veces en horas no precisadas. Forzado es entonces apartar dichas declaraciones del plexo de las pruebas, pues “si parece inverosímil que efectivamente el testigo haya podido adquirir ese conocimiento de los hechos, su testimonio carecerá de mérito probatorio; si resulta improbable, su credibilidad será muy poca” (Devis Echandía, “Teoría general de la prueba judicial”, 5ta. ed., II-270/271)” (confr. Voto Dr. Carlos A. Velázquez, en sentencia de esta Sala del 26/8/2008, in re “Q. G. B. c/ A. M. A. s/ Dif. de hab.” (Expte. N° 22.773 - Año 2008).----------

--- Gran parte del inconveniente de varios de los testimonios esgrimidos por la actora de autos es que pretenden acreditar el cumplimiento de jornadas de labor con testigos que no tienen una buena razón para estar cerca del accionante durante las extensas jornadas de labor que dice haber cumplido. ----------

--- Son testigos que pudieran llamarse “esporádicos” o “episódicos”, cuya convictividad resulta inexistente para acreditar hechos no puntuales o instantáneos, sino dilatados en el tiempo, en rigor, el cumplimiento de extensas jornadas de labor, como se resolviera en la causa citada supra. ----------

--- Para poner algunos detalles reveladores en la discusión: el testigo B. vierte una razón de sus dichos que es inatendible: dijo haber visto al actor laborar en el establecimiento cuando visitaba el lugar en promedio una vez por mes, permaneciendo allí unos diez o quince minutos (cfr. fs. 132 vta.). ----------

--- Algo parecido ocurre con el testimonio del Sr. C., quien afirma haber entrado al establecimiento en una sola ocasión y llevado en su automóvil al actor hasta el lugar al accionante en cuatro o cinco oportunidades (cfr. fs. 109/110). ----------

--- El declarante E. afirmó saber de los hechos debatidos porque pasaba por el lugar a dejarle el diario al actor todas las noches entre las 23 y las 24 hs., mas sin ingresar nunca en el establecimiento (cfr. fs. 112).----------

--- En los tres casos, el motivo por el que los declarantes estaban en el lugar de desempeño del actor durante el extenso horario que dice haber laborado no es verosímil o es escasa la frecuencia de la visita; en cualquier caso, la razón de los dichos de los testigos mella su testimonio hasta el punto de desvirtuarlo como elemento de prueba relevante de una jornada de labor que se dice realizada todas las noches, de domingo a viernes, de 22 a 06 horas. ----------

--- En suma, no cabe atribuirle fuerza convictiva a estas declaraciones, como que ellas no generan convicción, al ser la razón de lo expresado dudosa e incierta. ----------

--- Y, además, a los dichos de los testigos que deponen a favor de la actora, se contraponen otras probanzas que desmerecen todavía más su valor. ----------

--- Por caso, el testigo L. afirma haber visto al accionante un par de veces en el establecimiento, exponiendo además que éste no fue empleado del demandado, sino que en algunas oportunidades hizo "changas" como sereno (cfr. fs. 108/vta.). ----------

--- El testigo P. siguió una línea semejante, al expresar que el accionante realizaba guardias de vez en cuando (cfr. fs. 113). ----------

--- Más escaso todavía fue el aporte del testigo P., quien dijo haber visto al actor en la fábrica muy pocas veces e ignorando el porqué de su presencia (cfr. fs. 111). ----------

--- Si bien a estos tres últimos deponentes les comprenden las generales de la ley, al ser empleados del demandado, lo cierto es que ello no amerita excluir sus declaraciones, sino apreciarlas más severamente, si cabe. Pero no evidenciándose en sus declaraciones inconsistencias serias ni existiendo motivos de dubitación, las mismas deben ser tenidas en cuenta en autos. ----------

--- Es que justamente, cuando de probar horarios de trabajo, horas extras, etc... se trata, los compañeros de trabajo del accionante son fundamentales como prueba, ya que son quienes comparten día a día su jornada y pueden atestiguar seria y razonadamente sobre tal desempeño, sobremanera pues la razón de sus dichos es inobjetable, al compartir las jornadas de labor y conocer de visu la mecánica del trabajo concreta del establecimiento. ----------

--- Analizada en perspectiva la cuestión, no hay propiamente una contradicción entre dos grupos de testigos, hay una colisión entre testigos hábiles que casi no conocen al actor y personas que no son propiamente testigos, ya que la razón de sus dichos que dan no permiten en propiedad llamarlos tales. ----------

--- Ello así no me parece descabellada la apreciación de la prueba hecha en el grado, sino todo lo contrario, la comparto sustancialmente, pese al embate de la apelante. ------

--- Y a fin de encuadrar debidamente el embate procede dejar sentado que resulta aplicable al caso el principio de que es facultad privativa de los jueces de grado apreciar la prueba de testigos y el mérito de ésta salvo que lo ilógico y contradictorio de su razonamiento exceda los límites de lo discutible u objetable (SCBA, 29/9/87, “Kelly, Federico G. c/ Tuneu, Carlos A. y otro s/ Daños y perjuicios”, AyS 1987-IV-36; esta Sala, 19/2/09, in re “A., A. B. c/ C. D. H. R.H. S.A. y/o q. rlte. Prep. y/o resp. s/ Dif. de hab. e indem. de ley” (Expte. n° 276 - año: 2008).---------

--- Como esta Sala sostuviera reiteradamente, 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. mis votos en sentencias de esta Sala, del 19/6/08, in re “F., R. D. c/ B. H. S.R.L. Y OTROS s/ Indem. de ley” (registrada como SDL 38/08; y del

7/8/08, in re “G., N. F. c/ P., R. L. y/o q. rte. resp. laboral de E. T. s/ Indem. de ley” (Expte. n° 22.802 - año: 2008).---------- ----------

--- Ello así, el recurrente para cuestionar con éxito la apreciación de la prueba efectuada en la instancia anterior debe demostrar no ya un simple desacierto sino una valoración absurda o indefendible de la prueba. No alcanza con menos para conmover la apreciación de la prueba efectuada en el grado. Y verdad es que en este caso el apelante no ha logrado ese cometido.---------- ----------

--- Y la verdad es que dicha absurdidad o arbitrariedad no se evidencia en autos, porque los testimonios que el juez inferior descartara, apreciados rectamente, resultan más que dudosos, objetables. No veo entonces motivo para apartarme de la apreciación de la prueba efectuada en el grado, coincidiendo con el Dr. Velázquez.-------

--- En lo atinente al acta esgrimida en la apelación, ella no resulta probanza decisiva en esta causa; ello, ya que el apoderado del demandado no reconoció la existencia de vínculo laboral entre las partes, sino que lo negó expresamente, expresando que "el reclamante sólo efectuaba trabajos de tipo accidental en forma esporádica, transcurriendo a veces varios meses sin que se le requiriera la prestación de servicios a los que se denomina comúnmente de tipo changa" (fs. 8 del cuaderno de pruebas). No existiendo tal reconocimiento, las constancias devienen intrascendentes para modificar lo resuelto en el grado. ----------

--- Las fotografías reservadas son todas de la misma fecha, lo que muestra que ese día sí estaba allí el actor, pero nada dice de continuidad alguna de desempeño. ----------

--- De todo lo anteriormente expuesto surge que el actor hizo trabajos discontínuos para la demandada, pero la plataforma fáctica que él plantea en su demanda, lejos está de estar probada. ----------

--- Inaplicable resulta a este caso, por lo demás, el art. 9 párr. 2° Ley 20744, ya que no se dan los presupuestos fácticos para su empleo, como que no se da la duda que él requiere como apoyatura esencial. ----------

--- El art. 9 citado no funciona como un factor distorsivo de las relaciones labores, creando dudas donde no las hay, sino que, en todo caso, bonifica la situación del operario, cuando su parte ha logrado demostrar un factum compatible con sus alegaciones axiales. No ocurre ello en autos.----------

--- Creo que ello basta para el rechazo del recurso. Sin embargo, diré finalmente que la asimilación que se intenta en el recurso en examen entre la probada prestación de trabajo esporádico, del tipo “changas” con el trabajo eventual, no resiste el análisis detenido. ----------

--- El trabajo de changarín es esencialmente discontínuo, inestable, esporádico. El trabajo eventual, puede ser temporario, pero no tiene la nota de inestabilidad, porque se basa en una contratación formal, que lo hace previsible y predeterminado.----------

--- La nota de indeterminación, de precariedad, que es consustancial al trabajo de changarín, no está presente en el trabajo eventual, que puede ser temporario, periódico,

pero nunca indeterminado, ya que está previsto contractualmente el tiempo de desempeño, a diferencia del changarín, que depende de la llamada a tareas cada vez que se lo requiere, sin predeterminación alguna. La equiparación entre ambos desempeños es conjetural y no puede compartirse. ----------

--- Tampoco cabe compartir la alegación de incongruencia efectuada por la actora apelante; tal alegación carece de toda base razonable de apoyatura, como que el decisorio de grado no dejó de lado el principio de congruencia, al resolver lo planteado por las partes expresamente, en forma positiva y precisa (art. 165 inc. 6°' C.P.C.yC.), lo que descarta la alegación de existencia de vicios en ese sentido en el pronunciamiento atacado. ----------

--- En cuanto al cuestionamiento de los estipendios curiales deducido, él es directamente inaudible, al haber sido promovido promiscuamente con el ataque al fondo de la sentencia, en vez de resguardar la autonomía normativa, con especiales previsiones en cuanto al plazo y ocasión de sostenimiento del cuestionamiento de los aspectos curiales. Ello torna inadmisible el ataque en este punto. ----------

--- Por tales fundamentos, habré de acompañar la propuesta del Dr. Velázquez de confirmar el decisorio impugnado en cuanto fuera materia de recurso y agravios, imponiéndose las costas de alzada a la apelante vencida en esta instancia (art. 57, Ley XIV n° 1, ex art. 59, Ley 69).----------

--- También propiciaré la regulación de los emolumentos de alzada correspondientes a los Dres. G. J. y D. F. R., en las alícuotas del 1,75% del monto del proceso que se establezca en la liquidación a practicarse en la etapa de ejecución, para cada uno de ellos, porcentajes que se justifican en atención a la extensión, mérito, calidad y resultado de las respectivas tareas cumplidas en la alzada (arts. 5, 6, 8, 13, 18 y 46, 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 de los Dres. G. J. y D. F. R., por sus tareas de alzada, en las sumas respectivas equivalentes al 1,75 % y al 1,75 % del monto reclamado en la demanda y sus intereses a liquidarse hasta la data de este fallo según la tasa utilizada por el B. del C. S. A. en sus operaciones de descuento.-

----ASÍ LO VOTO.- ----------

--- **A LA SEGUNDA CUESTIÓN**, el Señor Presidente de la Excma. Cámara de Apelaciones de Trelew, 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.----------

JOSE PABLO DESCALZI
SECRETARIO DE CAMARA

--- 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. 8º Ley V Nº 17), ----------

--- Trelew, de diciembre 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**: ----------

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

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

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

----REGULAR los honorarios de los Dres. G. J. y D. F. R., por sus tareas de alzada, en las sumas respectivas equivalentes al 1,75 % y al 1,75 % del monto reclamado en la demanda y sus intereses a liquidarse hasta la data de este fallo según la tasa utilizada por el B. del C. S. A. en sus operaciones de descuento.-

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

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

JOSE PABLO DESCALZI
SECRETARIO DE CAMARA