En la ciudad de Puerto Madryn, a los días de abril del año dos mil catorce, se reúne la Excma. de la Cámara de Apelaciones, con la Presidencia del Dr. Mario Luis Vivas y la asistencia del Sres. Jueces de Cámara Dr. Heraldo Enrique Fiordelisi y María Inés de Villafañe para celebrar acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **"G., V. C. C/ M., E. G. S/ COBRO DE PESOS E INDEM. DE LEY" (Expte. N° 17 Año 2014)** venidos del Juzgado Laboral N° 1 (Expte. N° 26/13), en apelación. Los Sres. Magistrados resolvieron plantear las siguientes cuestiones: **PRIMERA CUESTIÓN:** ¿es justa la sentencia apelada? **SEGUNDA CUESTIÓN**: ¿qué pronunciamiento corresponde dictar? y expedirse en orden del sorteo de fs. 180.

A LA PRIMERA CUESTIÓN, la Sra. Jueza de Cámara María Inés de Villafañe dijo:

1.

La sentencia de grado admitió parcialmente la demanda y condenó a la Sra. E. G. M., a abonarle a la Sra. V. C. G., dentro del quinto día de determinadas, previo los descuentos legales que correspondan y mediante depósito judicial en autos, las sumas que en la etapa de ejecución de sentencia se liquide como diferencias salariales producto de considerar que la relación debió estar encuadrada dentro del nivel 5 para un establecimiento categoría III o B, con más los intereses que determina. Impuso las costas por su orden y reguló los honorarios del letrado de la demandada sin hacerlo al abogado de parte actora en virtud del pacto de cuota litis homologado.

Para así resolver señaló que asistía razón a la actora en cuanto a la categorización del establecimiento. Dijo que de conformidad con el art. 5.2 del CCT aplicable, el establecimiento de la demandada debía ser

encuadrado en la categoría b) "establecimientos donde elaboran comidas rápidas o semi-rápidas…pancherías, hamburgueserías, sandwicherías" y que para esos establecimientos y dentro de la clasificación prevista para los salarios básicos en el art. 11.1 se corresponde con la III en tanto prevé que comprende a "…otros negocios gastronómicos categoría B".

Desestimó por su lado, la categorización de las tareas cumplidas por la actora con base en que, más allá de los reconocimientos en la absolución de posiciones de la demandada, valora la carta acompañada por esta parte y no desconocida por la contraria, concluyendo que la cocción de alimentos que realiza la actora se limita a "minutas" por lo que a su criterio el nivel "6" pretendido, no se adecua a las tareas realizadas por la demandante.

La sentencia es apelada por ambas partes. A fs. 162 bis lo hace la actora con memorial de agravios que obra a fs.168/ 169 y su réplica a fs. 174.

A fs. 166 lo hace la demandada, sus agravios se agregan a fs.171 y la contestación a fs. 175.

2.

<u>Los agravios</u>

a) Se queja la parte actora por el rechazo de la categoría de revista invocada de elaboración y cocción de alimentos prevista en el Nivel 6 del CCT 389/04. Dice que en el convenio las tareas cumplidas son las que definen la categoría y no el tipo de establecimiento donde las efectúa; que en la norma convencional las tareas de sandwichero se asimilan a las tareas de ayudante de cocina que sólo elabora alimentos pero tiene tareas de cocción por lo que su mandante, al realizar tareas de elaboración y cocción de alimentos debe ser encuadrada en el Nivel 6 y reconocerse las diferencias salariales que se originan.

En el segundo agravio se queja por la imposición de las costas pues más allá de lo que se resuelva en el recurso, la actora debió interponer la

demanda para el reconocimiento de su derecho resultando vencida la demandada.

b) La parte demandada sostiene su queja en que, admitida en la sentencia el correcto encuadramiento como Sandwichera, en la parte dispositiva se manda abonar diferencias salariales, lo que señala es falta de congruencia pues abona el sueldo de la actora conforme la categoría B o III Nivel 5 del CCT aplicable y por ello nada debe abonarse.

3. <u>Tratamiento de los agravios</u>

Por cuestiones de orden metodológico analizaré los agravios de las partes en cuanto a las cuestiones de fondo que se plantean para luego expedirme sobre el que refiere la imposición de costas en la instancia de grado.

3.1) Abordaré en primer término el agravio de la parte actora respecto de la categoría laboral de cocinera, nivel 6 CCT 389/04, invocada por la Sra. G. en su demanda.

Ya he señalado en anteriores pronunciamientos que determinar la categoría profesional de los trabajadores no puede más que surgir de un análisis circunstanciado de las pruebas arrimadas a la causa, y esta actividad y su merituación se halla incluida en las facultades discrecionales del Juzgador. (**"**C., P. R. C/ C. D. H. R.H. S.A.S/ Cobro de pesos e indem. de ley**"** Expte N**°** 236/ 13, SDL N**°** 79/13; "C., A. I. c/ C., J. s/ COBRO DE PESOS" (Expte. Nº 208 Año 2013) SDL N° 89/13).

En esa tarea el juez decidirá la controversia en base a elementos de juicio o de convicción que sean suficientes para motivarlo, es decir, el decisorio sustentado en prueba bastante no puede ser tildado en arbitrario con éxito.

En tal sentido, es criterio unánime el que informa que el trabajador que pretende un encuadre de categoría determinado debe probarlo, en atención a que se trata de una cuestión en la que no juega el principio de inversión de la carga probatoria. Por ende, el actor debe acreditar suficientemente

todos los elementos de conocimiento necesarios para demostrar la efectiva labor en las calidades pretendidas. **"**Cada litigante debe acreditar los hechos y circunstancias en los cuales apoya sus pretensiones o defensas.**"** (PALACIO, Lino E. Tratado de Derecho Procesal Civil Bs. As. Abeledo-Perrot. 1972. T. I-C, p.368).

Tambi**é**n se ha dicho que **"**Cuando la categor**í**a profesional de un trabajador es controvertida, una vez admitida la subordinaci**ó**n en la relaci**ó**n, las pruebas para demostrar una u otra categor**í**a deber**á**n ser aportadas al proceso por el trabajador.**"** (CC sala I Nqn PS 2001 N**º**120 T**º**III F**º**569/571; CTMza **"**Chiera, Liliana M. c. Centro de Jubilados y Pensionados nacionales y provinciales Gral. Guti**é**rrez 22/08/1997. LLGran Cuyo 1998, 162. AR/JUR/5407/1997).

Luego de lo expuesto dir**é** que en modo alguno, la magistrada de grado ha desconocido que la Sra. G. cumpliera tareas de cocinera, en tanto elaboraci**ó**n y cocci**ó**n de alimentos, solo que desestim**ó** que las mismas debieran encuadrarse en el Nivel 6 que pretendiera la parte. Para ello tuvo acreditado, que las tareas de cocinera -relacionadas al tipo de men**ú** que figura en la carta (y no desconocida por la actora)- refer**í**an a la cocci**ó**n de minutas.

En definitiva no logr**ó** probar la parte que la actividad encuadra en la categor**í**a de "cocinero", Nivel 6 del CCT 389/94, y los agravios en el punto no son suficientes para rebatir lo resuelto, desde que el mismo convenio (en contradicci**ó**n con la vehemente afirmaci**ó**n de la parte) prev**é** tareas de cocci**ó**n de alimentos en niveles inferiores al que pretende la parte (vg. Nivel 4).

Propongo en consecuencia al Acuerdo, se desestime el agravio de la actora en cuanto a la categor**í**a laboral de la actora.

3.2)

En segundo término abordaré el agravio de la parte demandada.

La fundamentación de la sentencia es la justificación de la parte dispositiva, a través de la cual el juez trata de demostrar que la decisión del caso se ajusta a derecho. En los términos que se ha desarrollado aquélla, es claro que no existe el alegado reproche de incongruencia toda vez que ha sido reconocido en el fallo la errónea categorización del establecimiento gastronómico "S. G.".

Estableció la magistrada en la sentencia, en cuestión que llega firme a esta instancia, que el referido local y conforme el CCT 389/04, encuadraba en la categoría III o B, tal como reclamara la actora en su demanda y no en la categoría "C" como alegara la recurrente al contestarla. Consecuentemente con ello admitió las diferencias salariales por la incorrecta liquidación de la remuneración con base en la categoría del establecimiento.

Conforme lo expuesto, el agravio de la parte demandada debe desestimarse.

3.3)

El agravio de la actora respecto de la imposición de las costas en el orden causado tampoco puede prosperar.

La Señora Jueza dispuso en los términos del art. 72 del CPCC y agrego considerando la regla del art. 57 de la Ley XIV N° 1, la imposición de las costas en tanto existieron vencimientos parciales y mutuos.

Los argumentos que expone el apelante no resultan suficientes para alterar lo objetivamente allí resuelto.

Sin perjuicio que se trata de un proceso laboral, ello no desplaza el principio objetivo de la derrota que prevé el art. 57 Ley XIV N° 1 cuando dispone la imposición de costas al vencido. En el caso, se desestimó el reclamo de la categoría laboral y resultó vencedora en cuanto a la categorización del establecimiento gastronómico y su incidencia en las

remuneraciones, por lo que valorando la trascendencia de lo admitido y lo desestimado en su conjunto, se aprecia que lo resuelto en la anterior instancia es ajustado a derecho, por lo cual, proponiendo al Acuerdo la confirmación de la sentencia, corresponde desestimar el agravio.

4.

Las costas:

El rechazo de sendos recursos de apelación autoriza a imponer las costas de esta instancia, en el orden causado (art. 72 CPCC). Los honorarios en la Alzada y conforme el mérito y resultado obtenido se establecen para cada uno de los letrados en 8 jus (art. 5, 6 bis y 7 de la ley arancelaria) con más el IVA si así correspondiera.

VOTO a la primera cuestión por la **AFIRMATIVA.**

A LA PRIMERA CUESTION, el Sr. Juez de Cámara Dr. Heraldo Enrique Fiordelisi, dijo:

1 – Antecedentes – Sentencia y Agravios

La Sra. Jueza María Inés de Villafañe ha desarrollado al comenzar su voto los antecedentes del presente proceso, los postulados y fundamentos de la sentencia en crisis y las quejas esgrimidas por los recurrentes como sustento del recurso que se les concediera a cada uno de ellos. Por lo tanto, encontrándose cumplimentados los recaudos de ley, corresponde me aboque directamente al tratamiento de los agravios expuestos por las partes, siguiendo el mismo orden que el voto precedente.

2 – Tratamiento del primer agravio de la parte actora

La categoría laboral de la actora

Agravia a la actora que no se le haya reconocido en la sentencia una categoría superior a la que figura registrada por la empleadora. La reclamante pretende su inclusión en el "Nivel 6" del CCT 389/04 y no en el Nivel 5, basándose en que realizaba tareas de elaboración y cocción de alimentos, es decir, cocinera. Afirma que las tareas son las que definen la categoría y no el tipo de comida.

He de decir, en primer término, que el reclamo por diferencias salariales a causa de una errónea categorización resulta improcedente, en tanto, de las pruebas aportadas no surge de manera clara y fehaciente que la recurrente estuviera asignada exclusiva o preponderantemente a la función de "cocinera", motivo por el cual no es posible atribuirle una mayor categoría que la que tenía (Nivel "5"), asimilable a la de ayudante de cocina (conf. CNAT, Sala IV, 28/02/13, DT 2013 (Sept.), 2325).

Por otra parte y como bien lo destaca precedentemente la Sra. Jueza de Villafañe en su voto, la trabajadora invocó haber realizado tareas correspondientes a una categoría superior a la consignada en sus recibos de haberes, por lo cual dicho extremo es el que debía acreditar para ser acreedora a las diferencias salariales reclamadas. Analizadas las probanzas de autos, entiendo que no lo ha logrado. Es decir, no surge de autos que las tareas realizadas por la apelante fueran las comprendidas en una categoría superior a la que se consignara en sus recibos salariales.

Por último, hay otra circunstancia esencial que define la suerte adversa del agravio y la inevitable decisión de confirmar la sentencia en crisis en este punto. Me refiero a que en casos como el que aquí se discute es fundamental tener en consideración cuál es la actividad principal del establecimiento donde trabajara la reclamante.

De la prueba rendida surge con claridad, más allá del esfuerzo recursivo, que el establecimiento de la demandada -como lo dice la a quo y la propia actora al demandar- debe encuadrárselo en la Categoría b), o sea

"establecimientos donde elaboran comidas rápidas o semi rápidas…pancherías, hamburgueserías, sandwicherías…" (fs. 160 vta.). Ello implica señalar que ésa era la actividad principal del establecimiento, lo cual marca el CCT aplicable al personal que en él se desempeña. O sea, lo que determina la aplicación de un Convenio Colectivo es la actividad principal del establecimiento. Por lo tanto, si está admitido por la recurrente que la "actividad principal" del mismo no era la de un "restaurante" ni la de una "rotisería" sino que se trata de una "panchería", "hamburguesería" o "sandwichería" (véase la Carta de Platos reconocida por la actora), mal puede pretender que se la incluya en la categoría de "cocinera" dado que dicha tarea no tiene cabida de manera integral dentro de la actividad principal del establecimiento en cuestión. De allí que no pueda admitirse el agravio en cuanto pretende que se tenga en cuenta la tarea de la actora y no la actividad desarrollada en el lugar de trabajo (conf. CNAT, Sala V, 31/05/11, DT 2011 (Oct.), 2686).

Lo hasta aquí expuesto y fundamentado me conduce a rechazar el agravio bajo análisis.

3 – <u>Tratamiento del agravio de la demandada</u>

Agravia a la demandada que se la haya condenado a abonar "diferencias salariales" cuando se rechazó la pretensión de la actora de que se la incluyera en una categoría superior a la registrada. Afirma que ante tal rechazo, no hay diferencias salariales a abonar por su parte. No le asiste razón a la recurrente.

Y he dicho que no le asiste razón porque la diferencia salarial ha sido admitida por la a quo como *"…producto de considerar que la relación debió estar encuadrada dentro del nivel 5 para un establecimiento categoría III o B…"* (fs. 161). O sea, la sentencia en crisis no admitió las diferencias de salarios en

base a la “categoría laboral” de la dependiente sino a la categoría del “establecimiento”, lo cual ha quedado firme para las partes.

Por lo expuesto, la queja debe ser desestimada.

4 – <u>Tratamiento del agravio de la actora sobre la imposición de costas</u>

Agravia a la actora que la sentencia haya impuesto las costas por su orden y pretende su imposición total a la demandada.

Es sabido que las costas deben distribuirse en proporción al éxito obtenido en el pleito, debiendo tenerse en cuenta la postura asumida por las partes en relación a la mayor o menor medida en que prosperan las aspiraciones controvertidas, tomándolas en su conjunto y no aisladamente, no teniendo trascendencia la existencia de diferencia entre el enfoque jurídico invocado por los protagonistas del juicio y el efectuado por el juzgador.

En lo que hace a la imposición de costas por su orden se admite la misma cuando se acogieron parcialmente las pretensiones de las partes (conf. SCBA, DJBA, 117, p. 145) y también se ha entendido que si el resultado del pleito es sólo favorable al reclamante en menos de la mitad pretendida, es equitativo que las costas se compensen y se impongan, por lo tanto, en el orden causado (conf. CNPaz., Sala IV, 04/03/69, Rev. Arg. de Der. Proc. 1969, v. 2, p. 245, MORELLO…, “Cód. Proc. Civ. Com.”, T. II B, pág. 219).

Si nos atenemos a la forma como ha resuelto la sentencia las cuestiones sometidas a su juzgamiento, no advierto que le asista razón al quejoso en su pretensión de que se condene en costas a la parte demandada exclusivamente. De así resolverse, se estaría prácticamente considerando que la demanda fue admitida totalmente, lo cual no ha sido así (conf. arts. 69, 72 y concs. CPCC).

Es por ello que soy de la opinión que el agravio no debe ser admitido ya que no advierto que se encuentre fundamentado debidamente por el recurrente dónde radica el error de la sentencia en cuanto a la forma de

haber impuesto las costas por la actuación cumplida en primera instancia y tampoco se ha sustentado con solidez porqué debería revocarse la imposición de costas por su orden (arg. art. 268 CPCC). Así lo voto.

5 – <u>Costas de la Alzada</u>

Las costas de la Alzada corresponde imponerlas en el orden causado, teniendo en cuenta la suerte corrida por los recursos interpuestos (arg. art. 72 CPCC).

Con respecto a los honorarios a regularse a los letrados actuantes por ante esta Alzada, coincido en que los mismos deben fijarse del modo que ha propuesto la Sra. Jueza de Villafañe en el voto precedente.

A LA PRIMERA CUESTION, el Sr. Juez de Cámara Dr. Heraldo Enrique Fiordelisi vota por la **AFIRMATIVA**.

<u>A LA SEGUNDA CUESTIÓN</u>, la Sra. Jueza de Cámara María Inés de Villafañe dijo:

De compartir los Sres. Jueces el sentido de mi voto, el pronunciamiento que correspondería dictar es el que sigue:

1) CONFIRMAR la sentencia de fs. 160/161 en todo lo que ha sido materia de agravios.

2) IMPONER las costas en la Alzada en el orden causado (art 72 CPCC). **REGULAR** los honorarios profesionales del Ab. E. C. en 8 jus y los del Ab. J. F. A. en 8 jus (arts. 5, 6bis y 7 de la ley arancelaria) con más el IVA si correspondiera.

3) DE FORMA.

<u>A LA SEGUNDA CUESTION</u>, el Sr. Juez de Cámara Dr. Heraldo Enrique Fiordelisi, dijo:

El pronunciamiento que corresponde dictar es el propuesto por la Sra. Jueza María Inés de Villafañe, expresión de la decisión del Cuerpo que se ha formado al tratar la primera cuestión.

Con lo que se dio por terminado el acuerdo, dejándose constancia que el Dr. Mario Luis VIVAS no emitió opinión por haberse formado la mayoría (arts. 7 y 8 de la Ley V N° 17) pasándose a dictar sentencia.

Puerto Madryn, de abril de 2014.

En virtud de lo resuelto en el Acuerdo cuya copia antecede la Cámara de Apelaciones de la ciudad de Puerto Madryn pronuncia la siguiente:

S E N T E N C I A

1) CONFIRMAR la sentencia de fs. 160/161 en todo lo que ha sido materia de agravios.

2) IMPONER las costas en la Alzada en el orden causado (art 72 CPCC). **REGULAR** los honorarios profesionales del Ab. E. C. en 8 jus y los del Ab. J.F. A.en 8 jus (arts. 5, 6bis y 7 de la ley arancelaria) con más el IVA si correspondiera.

3) REGISTRESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVASE.

REGISTRADA BAJO EL N° /14. SDL. CONSTE.