



**PODER JUDICIAL
DE NEUQUÉN**

NEUQUEN, 5 de noviembre de 2019

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "**BARRIA FRANCISCO JAVIER C/ SANGIULIANO PATRICIA ALEJANDRA S/ COBRO DE HABERES**", (JNQLA5 EXP N° 508688/2016), venidos en apelación a esta **Sala III** integrada por los Dres. Marcelo Juan **MEDORI** y Fernando Marcelo **GHSINI**, con la presencia de la Secretaria actuante Dra. Audelina **TORREZ** y, de acuerdo al orden de votación sorteado, **el Dr. Medori, dijo:**

I.- La demandada interpone y funda recurso de apelación contra la sentencia del 22/04/2019 (fs. 171/176), por la que prospera parcialmente la acción admitiendo los conceptos de diferencias salariales de enero y febrero de 2015, y abril de 2016, vacaciones y aguinaldo proporcional, indemnizaciones previstas en los arts. 232, 233, 245 LCT, y art. 1° Ley 25323 por falta de registración laboral, desde el 11/05/2016, con más intereses y costas; pide se revoque.

II.-a) Apelación de la demandada (fs. 187/192).

Solicita la adjunción de material fotográfico que se incorpora junto con el recurso, conforme el art. 260 inc.3 del CPCyC, a los fines de poner en manifiesto las omisiones del actor en la demanda y la malicia con la que se han contestado los pedidos de informes de dos instituciones deportivas, adulterando la información relevante que enviaron para la resolución del proceso.

Se agravia en primer término por la valoración parcializada de las testimoniales de la causa, la cual omite cuestiones de trascendencia que acreditan la existencia de una locación de servicios.

Analiza las declaraciones y concluye en que la ruptura laboral se debió a la falta de acuerdo respecto al

salario que deseaba percibir el actor, que no cumplía con las tareas o actividades propias de un docente de la institución y que no trabajaba los meses de enero y febrero, por lo que no existió la dependencia económica y técnica de la relación laboral que se determinó en la sentencia.

Pone de resalto que de la informativa de la AFIP surge que el demandante estaba inscripto en el monotributo como locador de servicios profesionales y técnicos para la realización de prácticas deportivas, lo que acredita la naturaleza jurídica locativa y no laboral.

Indica que la juez de grado no consideró el informe del C.P.E. de Neuquén, donde se comprueba que trabajaba en otras instituciones educativas en diferentes horarios.

Explicita como segundo agravio que de considerarse que existió relación laboral, se debería haber analizado si la causal invocada de "abuso de ius variandi" era de entidad suficiente como para considerarse despedido, todo ello en un solo telegrama y sin intimación previa.

El tercer agravio lo centra en la indemnización concedida, en tanto la locación de servicios no da lugar a derechos indemnizatorios ni a diferencias salariales en los meses reclamados ya que no los trabajó.

Solicita se abra la causa a prueba y se dé traslado del material fotográfico a la contraparte.

Peticiona se modifique el decisorio de grado, con imposición de costas.

b) Contestación del actor Francisco Javier Barría
(fs. 194/196).

Se opone a la incorporación del material fotográfico en este estadio del proceso por extemporáneo, por emanar de terceros, no constar su autenticidad y veracidad y no ser de fecha posterior a la providencia de autos para

sentencia, entendiendo por tanto, por lo que no se cumplen con los requisitos del art. 260 inc. 3 el CPCyC. Cita jurisprudencia.

Contesta el recurso de la demandada, dando cuenta que el fallo de grado dio por no probado que el actor trabaje en otras instituciones, tanto por los testigos como de la prueba informativa y que por ello corresponde se confirme la existencia de la relación laboral.

Que sin importar el motivo de la ruptura laboral, quedó demostrado que trabajó un cierto periodo y que cuando fue despedido no recibió la liquidación correspondiente.

Afirma que "tal como se expresó en la demanda, fue despedido con la respuesta que la Sra. Sangiuliano brinda ante la intimación del actor, negando la relación laboral y pretendiendo invocar una locación de servicios" (SIC), por lo que solicita no se haga lugar al pedido de analizar el despido, puesto que "está más que probado que hubo un despido indirecto" (SIC).

Responde que los rubros de condena son los que corresponden por la indemnización ante el despido del trabajador y su omisión del pago en debido tiempo y forma.

Peticiona se confirme la sentencia y no se haga lugar al recurso incoado por la demandada, con costas.

III.-A) Partiendo de la sentencia en crisis y en el marco de un despido indirecto, la cuestión controvertida se centra en la existencia de relación laboral, por lo que se expresa sobre la normativa aplicable al caso -Art. 23 LCT-, valora las testimoniales ofrecidas por ambas partes, el reglamento interno de trabajo de la institución educativa y las informativas del Centro de Residentes Santafecino y la Escuela Dromos.

En base a estas pruebas, concluye que el actor, profesor de educación física de la institución demandada

(Jardín Materno infantil "EUREKA"), se encontró vinculado con la misma a través de una relación laboral y no bajo una locación de servicios, tal como resultó la defensa en esta acción; por lo que la responsabiliza de pago indemnizatorio que emana del despido dispuesto por el trabajador, el cual encuentra justificado (Art. 242 y 246 LCT).

Determina diferencias salariales adeudadas en los meses de enero y febrero 2015 y abril de 2016, por resultar ser el vínculo laboral de plazo indeterminado, y los rubros indemnizables del distracto, los cuales estima en \$70.278,00 por los que finalmente prospera la demanda.

B) Ahora bien, entrando de lleno en la consideración del recurso planteado corresponde expedirse en primer término, respecto de la solicitud de apertura a prueba en el marco del art. 260 inc 3° del CPCyC a los fines de la adjunción del material fotográfico que se incorpora junto con el recurso (fs. 181/186), que tiene por objeto, según refiere, poner de relieve omisiones cometidas por el actor en su demanda y la malicia con la que se han contestado los pedidos de informes a una escuela deportiva y a un club.

Se anticipa que conforme las constancias agregadas y el criterio doctrinario y jurisprudencial que se viene adoptando, el planteo no tendrá acogida favorable.

En efecto esta Sala III viene reiterando que *"El replanteo de pruebas en esta instancia, debe ser tratado en forma restrictiva, lo que significa el sometimiento de cada caso particular a un detenido examen, para juzgar acerca de la razonabilidad de los pedidos que se formulen, atendiendo a las circunstancias y antecedentes que hayan motivado la situación que se pretende remediar en esta instancia. La restricción como norma general, apunta a evitar malas prácticas que desnaturalicen las etapas normales del proceso o pretendan retrotraerlo a estadios ya preclusos, sin causas atendibles*

que así lo justifiquen. Se procura de esta manera, evitar también la falta de diligencia en el trámite procedimental y los consiguientes perjuicios para la parte afectada por la morosidad de su oponente" ("Burgos Garcés José Floridor c/ Mallín Largo SRL s/ despido- Exp. N° 331705/2005 -Sentencia del 18/10/2007; "Bravo Helvia Isabel c/ Mario Cervi e Hijos SACIAFI s/ despido directo por causales genéricas", Exp. N°503514/2014, Sentencia 12/02/2019).

Enseña Enrique Falcón que: "El replanteo (volver hacer el planteo) requiere para su procedencia: 1) que se trate de las medidas de pruebas de primera instancia debidamente ofrecidas (aunque adolezcan de cualquier defecto formal); 2) que se indiquen con precisión y claridad; 3) que se funden las razones por las que se requieren (inciso 2 última parte). (....)Se piden, se indican, se fundan y es el tribunal el encargado de decidir sobre las mismas. La parte contraria sólo puede tener el control de su producción pero no el control de su procedencia". (conf. autor citado, su obra Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Tomo II Editorial Abeledo Perrot, pág. 417).

Atento las circunstancias particulares del caso concreto y las pautas jurídicas enunciadas, considero que se torna improcedente el replanteo probatorio en esta alzada, en tanto y teniendo a la vista el material fotográfico, obtenido de una red social de internet, ofrecido en fotocopias (desprovistas de valor jurídico) y que se intenta incorporar, del mismo no se desprende su veracidad y autenticidad.

Las fotocopias cuya autenticidad no está certificada por funcionario público habilitado a tal fin (art. 289 CCC - ex 979 CC), y no reconocidas por la afectada, carecen de fuerza probatoria, resultan inhábiles y no dan fe en juicio.

Resultan imágenes veladas (fs. 182), de quien supuestamente sería el actor, obtenidas en fechas que son fuera del lapso en que medio la relación laboral (fs. 181, 184 y 186) o que nada significan o interesan (fs. 183 y 185) conforme lo que se quiere demostrar (desempeño laboral en los meses de enero y febrero 2015/2016).

Esta documentación a su vez, resulta ser de fecha anterior a la providencia de autos para sentencia de primera instancia, sin aseverarse no haber tenido antes, conocimiento de ella. (arg. art. 260 inc.3° del CPCyC).

Conforme lo expuesto, cabe concluir en que la petición de apertura a prueba en esta instancia debe ser denegada por resultar ineficiente e inconducente la documentación denunciada.

C) Despejado lo anterior, y valorando el material recursivo contenido en el primer y tercer agravio, previo a todo, he de recordar, que con respecto a la interpretación de los art. 22 y 23 de la ley laboral, esta Sala III, reiteradamente ha mantenido el criterio referido a que: *"...la sola demostración, por parte del trabajador, de la prestación de servicios para el empleador es suficiente para que opere la presunción. Pero tal consecuencia no es absoluta, ya que el destinatario de esos servicios puede demostrar a su vez que el vínculo es ajeno al régimen laboral..."*.

"Es evidente que el fin querido por la ley al establecer la presunción contenida en el art. 23 de la L.C.T. es la tutela del trabajador, facilitando de este modo la prueba de la relación laboral. Probada la prestación de servicios opera la presunción legal establecida en dicha norma, que pone en cabeza del demandado la carga de demostrar que tal prestación de servicios no corresponde a una relación laboral..." (cfr. TSJ, Acuerdos N° 15/08 y N° 1/10 y Sala III "Riquelme Jorge Gilberto c/ Mapfre Argentina S.A. s/ cobro de

haberes", Exp. N° 469595/2012- Sentencia 02/07/2019, entre otras).

En sintonía con lo antes expresado, el Tribunal Superior de Justicia de Neuquén en autos "Reyes Barrientos, Segundo B. c/ B.J. Services S.R.L. s/Cobro de Haberes" (cfr. Acuerdo N°1/16), expresó que: *"En casos como el presente resulta necesario recurrir a un haz de indicios, esto es, la consideración de un cúmulo de elementos objetivos que permitan deducir que, más allá de la calificación que le hayan dado las partes, la relación que las liga supone un vínculo laboral"* (cfr. ACKERMAN, Mario E., "Contrato de servicios y contrato de trabajo". "La protección de la persona en las fronteras del derecho del trabajo", Revista Latinoamericana de Derecho, Año IV, núm. 7-8, enero-diciembre 2007, pág. 13).

Sobre la base de lo hasta aquí expuesto y más allá del cuestionamiento que efectúa la recurrente en relación a la valoración parcializada de los testimonios rendidos en el proceso, "omitiendo cuestiones de trascendencia", adelanto opinión en punto a que la existencia de relación laboral habrá de ser confirmada, atento a que subsumiendo tales declaraciones en la norma contenida en el art. 23 de la ley de fondo, se acredita la existencia del contrato de trabajo invocado por el actor y negado por la demandada, que lo intentó incluir en una locación de servicios, la cual finalmente no probó en modo alguno.

Conforme lo dicho, he de coincidir y dar por reproducidas la valoración de las testimoniales que efectuara la jueza de primera instancia respecto de Bassi, Betancourt, Huenchuleo y Coconi, fs. 149, 150, 152 y 153 resp.), en tanto, reexaminadas las mismas, se observa que lucen precisas y circunstanciadas para comprobar la relación laboral que se controvierte.

Además, no advierto que las declaraciones de los testigos citados por la accionada en el recurso, contradigan las recopiladas por la jueza de primera instancia en su sentencia.

Máxime cuando es un principio rector en materia probatoria la facultad privativa de los jueces de apreciar y cuantificar el grado de certeza de las declaraciones rendidas en el expediente.

Por lo que la existencia de periodicidad en el trabajo y el cumplimiento de un horario, que surgen de las declaraciones citadas, constituyen dos elementos que acreditan por sí mismos la prestación de servicios de quien acciona.

"En otras palabras, el actor realizó tareas en favor de una organización de trabajo y cumplió servicios personales sin que haya podido acreditarse que la relación que los unía fuese de naturaleza comercial" (Arts. 5, 21 y 25 L.C.T.)".- (conf. arg. Acuerdo N°1/10 TSJ NQN, citado).

Y como bien se ha señalado en causas similares a la presente: *"Desde este plexo probatorio, es claro que en el caso opera la presunción del artículo 23 LCT, siendo sólo necesario que el trabajador acredite la prestación de servicios, sin necesidad de probar que ellos fueron realizados en relación de dependencia"* (cfr. TSJ Acuerdos N° 129/95, 27/99, 15/02, entre otros).

Acreditada la prestación de servicios en forma dependiente y que su incorporación a la Enseñanza Oficial se debería haber enmarcado dentro de las normas que prescribe la Ley Provincial N° 695 y su Decreto Reglamentario N° 1255/77 (cuestión que llega firme y consentida a esta Alzada) era responsabilidad de la accionada designarlo al actor en carácter de titular, interino o suplente, dando cumplimiento con lo dispuesto por el artículo 44 del Decreto citado y el

mismo hubiera adquirido el derecho a la estabilidad en el cargo (art. 48).

Ante ello (estabilidad), la controversia que introduce la demandada por el pago durante los meses de enero y febrero que determina la sentencia, deviene en innecesario en su tratamiento, en tanto tratándose de una relación emergente del derecho privado (art. 2 Ley 13047), el artículo 90 LCT y el art. 27 Ley 24013, reconocen la preeminencia del contrato de trabajo por tiempo indeterminado, por lo que los pagos solicitados en los meses de verano, resultaron ciertamente adeudados, independientemente del debate suscitado.

Conforme lo señalado, la circunstancia de que el trabajador pueda haberse desempeñado de manera autónoma en otros establecimientos educativos (fs. 86/88) o instituciones deportivas fuera de su horario de trabajo (acorde se agravia), incluso en forma dependiente a órdenes de un tercero, no excluye que se haya configurado una relación de dependencia para con la demandada, ya que la exclusividad no constituye una nota esencial del contrato de trabajo (arg. CNAT: "Ledesma Marta Estela c/ Nuestra Señora de Guadalupe S.A. y otro s/ despido", Sala V- Sentencia 05/02/2019- Cita: MJ-JU-M-116765-AR | MJJ116765 | MJJ116765).

También el hecho de que el actor figurara inscripto como contribuyente del monotributo (fs. 89/90), es irrelevante para determinar la inexistencia de relación laboral, cuando se encuentran acreditadas circunstancias que son determinantes y características de la dependencia personal propia del contrato de trabajo, como lo constituye el hecho que la demandada estaba facultada para establecer modalidades de prestación, lugar, horario y medios con los cuales cumplir los actos profesionales, en claro ejercicio de las facultades de organización y dirección acordadas por los arts. 64 y 65

LCT, lo que denota de modo indubitable la existencia del contrato laboral. (Sala III "Campos Justiniano Arcelia c/ Lamilla Susana s/ despido por Falta de Registración", Exp. n° 445928/2011-Sentencia 23/07/2018).

Luego, la prueba testimonial y documental analizada, generan suficiente convicción para confirmar el vínculo laboral pretendido y su adecuación al marco jurídico expuesto en la sentencia de primera instancia, quedando desplazada la conceptualización de locación de servicios, sin prueba sobre la retribución que la empleadora pretende aplicable o inasistencias, por ausencia de toda registración, y que hacen procedente se rechacen las quejas examinadas.

D) Analizando el segundo agravio, referido a la indebida materialización del despido indirecto en que se colocó el actor y que en el recurso plantea en subsidio, para el supuesto de considerarse que existió relación laboral, inmediatamente se comprueba que al contestar la demanda omitió postular al debate la causal invocada de "abuso de ius variandi" ni sobre su entidad, por haber seleccionado y centrado -como se dijera- su hipótesis defensiva en que el vínculo se limitaba a una locación de servicios.

Que el artículo 277 del Código Procesal dispone expresamente: "Poderes del tribunal. El tribunal no podrá fallar sobre capítulos no propuestos a la decisión del juez de primera instancia. No obstante, deberá resolver sobre los intereses y daños y perjuicios, u otras cuestiones derivadas de hechos posteriores a la sentencia de primera instancia." (cfme. arts. 18 de la Const. Nac.; 58 de la Const. Prov.; 20 del Cód. Civil; y 34 inc. 4 y 164 del Cód. Procesal).

La doctrina ilustra interpretando que: "De esta manera surge claro, puntualiza Hitters, que la alzada, por constituir un ámbito de revisión, carece de potestad para resolver cuestiones no sometidas al a quo, ya que la función

diáfana del ad quem no es la de decidir en primer grado sino la de controlar el pronunciamiento de los jueces de jerarquía inferior... El ámbito de conocimiento de la alzada se encuentra limitado por el contenido de las cuestiones sometidas a la decisión del juez de la causa. De ahí entonces que no resulte admisible la introducción de argumentos que no fueron objeto de debate en la instancia precedente (CNCiv, Sala G, 15.8.81, ED 97-624)". (De Santo, El proceso civil, t. VIII-A, p. 304/305).

Lo señalado -además- reproduce el intercambio epistolar previo: el trabajador por telegrama laboral intima por "abuso de la facultad de alterar unilateralmente el contrato de trabajo en atención a la disminución de la remuneración" (fs. 4), y de ello no se hace referencia en la contestación por carta documento (fs. 3).

En definitiva, se rechazará el planteo porque la recurrente esbozó su contradicción recién a esta instancia y esto impidió el ejercicio de la defensa de la contraria y la producción de prueba al respecto, quedando así vedado cualquier tratamiento por parte de este Tribunal, de conformidad a lo expresamente estipulado en la norma antes transcripta.

La jurisprudencia ha dicho en tal sentido que:

"La consideración por la Cámara de nuevas cuestiones, distintas a las planteadas en la oportunidad procesal pertinente, además de afectar el derecho de defensa de la apelada (art. 18 CN; art. 9 de la Const. Pcial.), violaría el principio de congruencia al resolvérselas y no existir correspondencia entre el pronunciamiento que se emite y las pretensiones que constituyen el objeto del proceso, las cuales se formularon ante el magistrado de primera instancia (art. 163 inc. 6, CPCC)". (CON Art. 18; CONB Art. 9; CPCB Art. 163 Inc. 6, CC0203 LP, B 73769 RSD-169-92 S 4-8-92, Iturrioz,

Jorge Adolfo y otro c/ Solari, Alejandro s/ Cobro sumario, LDT).

V.- Por las razones expuestas, y en atención a los términos en que se planteó el recurso es que propiciaré al Acuerdo rechazar en todas sus partes la apelación, y que se confirme la sentencia de primera instancia en todo lo que fue materia de apelación.

VI.- Atento la forma en cómo se decide, las costas generadas en esta instancia se impondrán a cargo de la demandada en su calidad de vencida (arts. 17 L.921 y 68 del CPCyC).

VII.- Los honorarios devengados en esta Alzada se fijan en el 30% de los que oportunamente se determinen para la instancia de grado con ajuste al art. 15 de la ley arancelaria vigente.

Tal mi voto.

El Dr. Ghisini, dijo:

Discrepo respetuosamente con la solución propuesta por el Dr. Marcelo Medori en cuanto al segundo agravio introducido por la parte demandada, referido a la indebida materialización del despido indirecto en que se colocó el actor y, a tenor de los motivos y fundamentos que seguidamente expondré, propongo al Acuerdo la confirmación de la sentencia.

La parte apelante cuestiona la conclusión de la sentencia de grado, en cuanto a la materialización del despido indirecto, por cuanto entiende que no medió constitución en mora, lo que resultaba exigible a tenor de los artículos 57 y 63 de la L.C.T.

El debate se centra en determinar si en el marco de un contrato de trabajo marginado de registración, anudado entre un trabajador y un empleador que desconoce su existencia -alegando en cambio una locación de servicios-, resultaba

exigible al primero la carga de intimación previa a disolver el contrato de trabajo por responsabilidad de su co-contratante.

La queja se enfoca en la adjudicación a la *a quo* de un yerro en la construcción de su decisión por haber adoptado una conclusión contraria a los artículos 57 y 63 de la L.C.T., que receptan respectivamente las figuras del silencio y la buena fe en el ordenamiento común laboral. La cuestión aparece integrada, como bien lo apunta el colega que me precede, con el artículo 243 de la L.C.T.

Para dar un adecuado tratamiento al recurso resulta necesario establecer algunas indispensables precisiones.

El artículo 14 bis de la Constitución Nacional establece un mandato imperativo que ordena otorgar al trabajador protección contra el despido arbitrario.

Toda la argamasa legal es de orden subordinado a aquella regla (art. 31 de la Constitución Nacional) y debe ser interpretada de consuno con su teleología.

El mandato de protección contra el despido arbitrario ha sido una fórmula constitucional que admite cuanto menos dos lecturas. Desde la perspectiva de quienes comprenden que comporta un piso a partir del cuál debe debatirse la estabilidad en sentido propio o fuerte, se trata de una cláusula insuficiente. Para quienes la leen a partir del texto precedente, esto es, el de corte liberal de la Constitución de 1853/1860, se trata de una valiosa regla que toma postulados mínimos del constitucionalismo social allí donde solo existía -en términos constitucionales- silencio.

El debate en torno a estos tópicos ha quedado decididamente robustecido a partir de la definitiva instalación del paradigma de la plena vigencia de los derechos humanos fundamentales, que progresivamente ha ido ganando

mayores espacios en el debate público jurídico a partir de la reforma constitucional del año 1994 y que paradójicamente, luego de más de veinte años de un desarrollo fecundo pero plagado de dificultades, ha terminado de calar en la comunidad jurídica a partir de la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial.

La integración y jerarquización de fuentes establecida por el artículo 75 inc. 22 de la Constitución Nacional trajo consigo la novedad de establecer una severa limitación a los esquemas analíticos formalistas para explicar la nueva cosmovisión jurídica, en la que la preeminencia estatal en la producción de normas no resulta suficiente para componer los casos, que deben juzgarse con arreglo a las pautas de los artículos 2 y 3 del Código Civil y Comercial.

Vale decir, que aun antes de la reforma del digesto Civil, la obligación de resolver mediante una decisión razonablemente fundada, coherente con la interpretación de la ley conforme sus palabras, finalidad, leyes análogas y disposiciones de los derechos humanos, así como los principios y valores jurídicos, tenía marcado sustento constitucional.

Ahora bien, el mojón jurídico tiene fuerza por su colocación en el núcleo del Código Civil y Comercial que informa la mayoría de las instituciones de derecho privado, por lo que se lo ha denominado como el «derecho común».

El ordenamiento, entonces, ya no es equivalente de normas heterónomas y se integra además de los textos legales así interpretados, con principios y valores jurídicos, así como las disposiciones provenientes de los tratados sobre derechos humanos, con arreglo al perfilamiento que le van asignando los organismos encargados de esclarecer sus preceptos.

A partir de la aplicación de la teoría del control de convencionalidad acuñada progresivamente por la

Corte IDH, en "Almonacid Arellano" (sentencia de 26 de septiembre de 2006, serie C N° 154), que luego se completó con la zaga de "Trabajadores Cesados del Congreso" (sent. de 24 de noviembre de 2006, serie C N° 158), relativo al control oficioso y con "Cabrera García y Montiel Flores" (sent. de 26 de noviembre de 2010, serie C N° 220), relacionado al carácter difuso -dentro de cada Estado- los magistrados tenemos el deber específico de someter a escrutinio convencional las normas internas (sin distinción de su origen federal o local) para verificar si existen violaciones a los derechos y garantías provenientes del *ius cogens* internacional.

Este criterio ha sido receptado expresamente en el caso "Rodríguez Pereyra" (Fallos, 335:2333, sent. del 27-11-2012), resuelto por la CSJN en el año 2012. Esta delicada tarea debe llevarse a cabo de acuerdo con los estándares fijados por los organismos encargados de esclarecer y delimitar el alcance de los instrumentos internacionales, cuando existieran.

Es decir, que la tarea de someter a control constitucional y la de interpretación conforme constituye un camino de ida y vuelta que integra y nutre recíprocamente el quehacer intelectual exigible a los magistrados. Con todo ello, la protección contra el despido arbitrario del artículo 14 bis de la Constitución Nacional ha quedado robustecida por diversas reglas de orden supra legal.

Existen un cúmulo de reglas de origen convencional, tales como el artículo 6 inc. 1 del PIDESC, 23 inc. 1 de la DUDH, artículo XIV de la DADH y 7 inc. "d" del Protocolo de San Salvador, que obligan a reinterpretar la legislación interna, que se ubica en un peldaño jerárquico inferior a todos los instrumentos anteriormente citados.

Corresponde señalar -siguiendo a Rolando Gialdino- que el fundamento ontológico de todo el ordenamiento

positivo del derecho internacional de los derechos humanos se enraíza en la dignidad de la persona humana (aut. cit, "Derecho Internacional de los Derechos Humanos: Principios, Fuentes, Interpretación y Obligaciones", p. 5, Ed. Astrea).

Este fundamento aparece difuminado a lo largo de la mayoría de los instrumentos internacionales y ha sido recogido en diversos fallos de la Corte IDH (vgr. "Gelman", sent. del 24 de febrero de 2011, serie C N° 221).

En el caso "*Trabajadores Cesados del Congreso*" (sent. de 24 de noviembre de 2006, serie C N° 158), citado anteriormente la Corte IDH resolvió que la interpretación del artículo 26 -relativo a la recepción de los DESC- debe hacerse teniendo en cuenta la interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales, y de conformidad con el principio *pro homine*

Este temperamento aparece reafirmado en el caso "*Lagos del Campo*" (sent. de 31 de agosto de 2017, serie C N° 340), que fue el primer caso en que la Corte IDH condenó a un Estado por violación del artículo 26 de la CADH, que a su vez conecta en forma directa con la Carta de la OEA.

Esta decisión marco un punto de inflexión en la plena justiciabilidad de los DESC contenidos en la Carta de la OEA y con ello, en lo que aquí interesa, el alcance racional con que debemos integrar los magistrados los instrumentos internacionales en nuestras decisiones (v. parágrafos 143 a 145).

Todos estos elementos denotan, junto con el principio protectorio, que el articulado de la LCT resulta una reglamentación del derecho constitucional y convencional a obtener protección contra el despido arbitrario.

En el caso que nos ocupa, corresponde señalar que no se advierte sino a partir de un perimido paradigma legalista y formalista por qué razón habría de primar una

solución que conlleve exigir al dependiente una intimación previa a quien niega toda naturaleza laboral al contrato de trabajo, comportamiento que incluso integra el esquema recursivo que habilita nuestra intervención (v. primer agravio de la parte apelante y su tratamiento en el voto que me precede).

La tarea de examinar «con prudencia» las causales de distracto, tal como lo ordena el artículo 242 de la L.C.T. se corresponde con la de analizar conductas.

De acuerdo a las constancias de la causa, concluyo que resulta un formalismo desprovisto de mayor racionalidad exigir al trabajador cuya condición de tal ha sido negada por quien a la postre fue declarado empleador que deba cursar una intimación previa si de todos modos resulta ostensible -a la luz de la conducta asumida por su contraparte-, que tal conducta habría resultado estéril.

La postulación de la recurrente carece de coherencia, ya que no demuestra cuál ha sido la afectación de la ausencia de intimación previa. En otras palabras no establece de qué modo se habrían visto afectados sus derechos.

Resulta a mi modo de ver, cuanto menos dudoso que pueda válidamente quien desconoce la existencia de un contrato de trabajo enrostrar mala fe al trabajador que extinguió el contrato sin mediar intimación previa, si a la postre no ha adoptado un comportamiento tendiente a estar a derecho en torno al cumplimiento de sus obligaciones legales y contractuales.

No me parece que tal composición esté alineada con todo lo que anteriormente señalé en punto a la tarea jurisdiccional.

No constituye entonces la exigencia de una intimación previa, un recaudo que atienda a la legitimidad del despido indirecto una adecuada ponderación de las reglas

constitucionales y convencionales, en consistencia con los principios y valores involucrados, por cuanto equipara la plena vigencia y eficacia de los derechos a un escenario meramente ritual, en el que las personas cumplen en forma mecánica determinadas acciones, sin establecer por que o para qué se obra en tal o cual sentido.

Así, reclamar al dependiente la realización de una ritual intimación frente a quien desconoció metódicamente la existencia de un contrato de raigambre laboral, implica la denegación práctica de los derechos que la Constitución y la propia ley conceden.

De tal modo, una correcta solución del caso, integrativa de las pautas tutelares del artículo 14 bis de la Constitución Nacional y de los diferentes tratados internacionales, implican que ha sido la negativa del empleador en punto a la existencia de la relación de trabajo - luego acreditada-, lo que ha generado la inaplicación al caso de la regla del artículo 243 de la L.C.T. En este sentido, de haber registrado el contrato de trabajo o cuanto menos haber reconocido su existencia, la solución resultaría decisivamente diferente.

Existe un principio general del derecho que indica que nadie puede aprovechar de su propio ilícito, tal como lo ha puesto en evidencia Ronald Dworkin, lo que implica que en determinados casos los principios se sobreponen y derrotan a las normas legales (aut. cit., "Los Derechos en Serio", p. 73 y siguientes, Ed. Ariel).

Pues bien, el único modo de arribar a una solución razonable del presente conflicto, de acuerdo a todo lo anteriormente analizado, es concluir que del modo en que lo ha hecho la juez a quo, labor axiológica desarrollada con sustancial arreglo a los términos de los artículos 163 inc. 5

y 386 del C.P.C.C., sin que exista ningún desvío o extravío en el desarrollo de tal actividad intelectual.

Con todo ello, considero que la demandada no acredita la existencia de una errónea interpretación del derecho aplicable al caso, por lo que propicio el rechazo del recurso de apelación, con costas a la parte demandada (art. 17, ley 921).

En lo restante, concuerdo íntegramente con los fundamentos y solución expuestos por el vocal que me precede.

Tal mi voto.

Existiendo disidencia en los votos que antecede, se integra Sala con el **Dr. Jorge PASCUARELLI**, quien manifiesta:

Por compartir la línea argumental y solución propiciada en el voto del Dr. Medori, adhiero al mismo.

Por todo ello, **la SALA III POR MAYORIA,**

RESUELVE:

1.- Confirmar la sentencia dictada a fs. 171/176, en todo lo que fuera materia de recurso y agravios.

2.- Imponer las costas de Alzada a la demandada vencida (arts. 17 ley 921 y 68 C.P.C.C.).

3.- Regular los honorarios de los letrados intervinientes en esta Alzada, en el 30% de lo establecido en el pronunciamiento de grado a los que actuaron en igual carácter (art. 15 L.A.).

4.- Regístrese, notifíquese electrónicamente, y, oportunamente, vuelvan los autos a origen.

Dr. Fernando Marcelo Ghisini - Dr. Marcelo Juan Medori - Dr. Jorge Pascuarelli
Dra. Audelina Torrez - SECRETARIA