



ACUERDO: En la Ciudad de Cutral Có, Provincia del Neuquén, a los dieciocho (18) días del mes de Febrero del año 2016, la Sala II de la Cámara Provincial de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral, Minería y Familia, con competencia en la II, III, IV y V Circunscripción Judicial, integrada con los señores Vocales, doctores María Julia Barrese y Pablo G. Furlotti, con la intervención de la Secretaria de Cámara, Dra. Victoria P. Boglio, dicta sentencia en estos autos caratulados: **"RECALDE OMAR ANIBAL C/ RICOY MARIA BELEN Y OTROS/ DESPIDO INDIRECTO POR FALTA DE REGISTRACION O CONSIGNACION ERRONEA DE DATOS EN RECIBO DE HABERES"**, (Expte. Nro.: 34843, Año: 2013), del Registro de la Secretaría Única del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería N° DOS de la IV Circunscripción Judicial, con asiento en la ciudad de Junín de los Andes.

De acuerdo al orden de votos sorteado, la **Dra. María Julia Barrese**, dijo:

I.- A fojas 390/404 y vta. se dictó sentencia de primera instancia, por medio de la cual el Sr. Juez interviniente resolvió hacer lugar a la demanda laboral entablada por Omar Aníbal Recalde, condenando a los co-accionados MARIA BELEN RICOY y RAUL DAGNINO a pagar al actor la suma de PESOS TRESCIENTOS TRES MIL SEISCIENTOS (\$303.600), con más los intereses reclamados. Asimismo, el a quo resolvió condenar a MARIA BELEN RICOY a adjuntar el certificado de trabajo y certificación de servicios y remuneraciones, confeccionada conforme reales condiciones de trabajo bajo apercibimiento de aplicar astreintes. Finalmente impuso las costas a los demandados vencidos (art. 68 CPCC).

II.- Contra el pronunciamiento citado, interpone recurso de apelación el co demandado Alcides Raúl Dagnino, fundando agravios a fs. 406/414. Conferido el traslado de los



respectivos agravios, luce respuesta del accionante a fs. 416/423 y vta.

III.- Descripción de los Agravios del Co demandado

Alcides Raúl Dagnino:

A. En primer lugar, se agravia por considerar que en autos se ha afectado su derecho de defensa por cuanto el a quo, erradamente, ha extendido a su parte la responsabilidad por el despido del Sr. Recalde. A efectos de fundamentar su postura, refiere que nunca se ha cursado a su parte intimación extrajudicial requiriendo la registración de la relación laboral, ni se ha efectuado la comunicación a la AFIP por tal motivo. Según lo entiende, el sentenciante ha cercenado su derecho de defensa al no haber considerado tales extremos y proceder a condenarlo solidariamente junto con la obligada principal, incluso al pago de las multas devengadas a favor del actor, por las que a su criterio no debería responder.

B. En segundo término, impugna por considerar errónea la valoración de la prueba efectuada por el sentenciante de la anterior instancia. Manifiesta que el juez le ha restado importancia a aquellas pruebas que tendían a demostrar la existencia de un contrato de locación de servicios entre el actor y la codemandada Ricoy. Enumera entre otras, los dos contratos glosados en autos, la inscripción del actor como monotributista con anterioridad a prestar servicios para la Sra. Ricoy, la existencia de una relación laboral discontinua, la fijación del precio de la guiada por la Asociación de Guías de Turismo, los roles de embarque y desembarque de prefectura. Asegura que el accionante ejercía su trabajo de guía de turismo en forma independiente, con matrícula y habilitación profesional para realizar guiadas embarcado, que ponía el precio de sus servicios por cada guiada, que facturaba por los mismos y que se hallaba inscripto en el monotributo desde antes de prestar servicios en el Catamarán José Julián. Aduna que el accionante poseía



libertad para concurrir o no a su trabajo cuando quisiera y que durante varios meses laboró en otros lugares, habiendo prestado servicios en diversas empresas de turismo de esta localidad y realizado reclamos judiciales análogos que fueron desestimados.

Abunda en consideraciones sobre la conducta del actor, afirmando que su parte cayó en una especie de trampa que le tendió su contendiente a efectos de aparentar una relación laboral con la finalidad de efectuar el reclamo pecuniario que tramita a través de los presentes.

Refiere, de seguido, que el actor faltó a la verdad sobre la falta de continuidad de los servicios prestados, la fecha de ingreso y egreso, el monto de la retribución percibida, los horarios que dice haber cumplido, las tareas y funciones desarrolladas en el catamarán, la inscripción en el monotributo con anterioridad al año 2007 y su condición de marinero de la embarcación. Dice que el último extremo se encuentra acreditado con los roles de embarque adjuntados por su parte y por los informes emitidos por la Prefectura Naval Argentina -pruebas que a su entender, no fueron valoradas por el sentenciante de grado-. Insiste en que su parte ha desvirtuado la presunción del art. 23 de la LCT.

Afirma que el a quo ha favorecido a su contendiente al no haber valorado prueba definitiva para acreditar la postura sustentada por su parte. En este sentido, sostiene que resulta evidente que el actor era un mero locador de servicios y que si eventualmente realizó alguna tarea afín con las de guía de turismo, lo hizo a título de colaboración para posibilitar la zarpada del catamarán.

Dice que no existió subordinación técnica del actor dado que en su condición de profesional, es quien sabe lo que tiene que decir en la guiada a los turistas. Reitera que no existió tampoco subordinación económica, atento a que el precio de su trabajo era puesto por el guía en base al



tarifario elaborado por la asociación que los agrupa, sin que el dueño de la agencia pueda discutir dicho precio. Asevera que los ingresos mensuales fluctuaban conforme a la cantidad de salidas realizadas, razón por la que tampoco el actor tenía un salario que debía ser abonado por la demandada mes a mes, existiendo notorias diferencias entre los meses de mayor afluencia turística y aquellos correspondientes a la temporada baja.

C. El tercer agravio se vincula con el monto de condena. Mediante la impugnación deducida en este punto, subsidiariamente, para el supuesto de no proceder los restantes motivos de queja, la demandada impugna la base de cálculo de la indemnización fijada por el a quo a favor de su contrincante. Dice que el sentenciante ha incurrido en un error al haber determinado la remuneración mensual normal y habitual percibida por el accionante dado que el monto de \$12.000 tomado no refleja el ingreso real. Añade que el actor solo percibió esa suma en un mes de temporada alta correspondiente al último verano trabajado. Añade que las retribuciones correspondientes a los servicios prestados por el actor distan de dicha suma, por lo que en su criterio, correspondería promediar las retribuciones recibidas por el actor a los efectos de determinar la base de cálculo de la indemnización correspondiente. Alude a las facturas acompañadas por sendos litigantes, de las que emergería que el monto base tomado por el a quo fue percibido por única vez por el accionante. Argumenta que resulta injusto y perjudicial para su parte el cálculo indemnizatorio sobre tal base, por no ser el importe que normal y habitualmente cobraba Reclade como retribución de las tareas realizadas. Cita jurisprudencia que avala su posición.

A la vez, cuestiona la procedencia de la multa del art. 2 de la ley 25323, refiriendo que el objeto del litigio suscitado en autos resulta controvertido y que su parte



consideró y aun hoy considera que no existió entre los contendientes una relación regida por la LCT no registrada sino una locación de servicios profesionales.

IV. Respuesta a los agravios: El accionante requiere, en primer término, que se declare desierto el recurso de apelación deducido por el co demandado Dagnino, atento a que no consiste en una crítica concreta y razonada del decisorio de primera instancia.

A. De seguido, en respuesta al primer agravio expresa que la empleadora directa del actor no ha cuestionado la sentencia y que el apelante ha sido condenado en forma solidaria por las obligaciones incumplidas por Ricoy. Se pregunta en que medida puede el co demandado cuestionar la procedencia de una demanda cuando fue condenado en forma solidaria por obligaciones derivadas de una relación laboral extinguida con anterioridad a la transmisión del establecimiento en los términos del art. 228 de la LCT. Destaca que la intimación efectuada a uno solo de los deudores solidarios resulta procedente a los fines de tener por cumplidos los recaudos previstos para la procedencia de las indemnizaciones por las que se condenara al apelante. Cita jurisprudencia en tal sentido.

B. Luego, pasa a contestar el segundo agravio, refiriendo que la contraria ha fundado este motivo de queja justamente en las situaciones y hechos denunciados por su parte como constitutivos de fraude a la ley laboral, en los términos del art. 14 de la LCT. Expone que el a quo ha valorado adecuadamente la prueba producida en autos, a efectos de concluir de la forma en que lo ha efectuado. Cita jurisprudencia y doctrina en la que sustenta la posición sostenida por su parte a lo largo de la litis, concluyendo que con las declaraciones testimoniales rendidas en la causa cuya transcripción parcial realiza, ha quedado acreditada la



relación de dependencia habida entre su parte y la codemandada Ricoy.

Expresa que la contraria no ha intentado desvirtuar la presunción legal emergente del art. 23 de la LCT que transcribe. Cita jurisprudencia del TSJ provincial que considera aplicable a este caso.

Continua exponiendo que su parte se introdujo en una organización ajena, perteneciente a la demandada y que de la prueba colectada en la causa surge que el puesto desempeñado era necesario para el giro comercial de la empresa de su contendiente, dado que las excursiones lacustres no podían salir sin un guía, por exigencia de la autoridad de aplicación.

Añade que la contraria se equivoca cuando pretende que el hecho de la inscripción en el monotributo obstaba a la existencia de la relación laboral, dado que el art. 23 de la LCT indica que la presunción contenida en la norma opera, aunque sean utilizadas figuras no laborales para enmascarar la relación de dependencia.

Asimismo, refiere que debe desecharse el argumento esgrimido por la demandada acerca de la existencia de ingresos fluctuantes de su parte, sobre el que sustenta la ausencia de un vínculo regido por la LCT en función de lo normado por el art. 104 de tal normativa.

Con respecto a la existencia de contratos de locación de servicios que la accionada esgrime en aval de su postura, asevera que los mismos son nulos en tanto importan un fraude a la legislación laboral.

Luego, hace mención a la circunstancia invocada por la demandada referente a la falta de continuidad de la prestación laboral brindada por su parte. Sin perjuicio de sostener que dicho extremo es falso, refiere que tampoco resulta óbice para la existencia de un contrato de trabajo.



Ilustra con jurisprudencia cada una de sus respuestas a los diferentes aspectos que constituyen el segundo agravio de su contendiente.

C. En relación al tercer agravio, solicita su rechazo, haciendo referencia a lo dispuesto por el art. 38 de la ley 921 y al art. 55 de la LCT y a la jurisprudencia que considera aplicable.

Sostiene que es errado el criterio seguido por su contraparte, quien pretende que el juez debió realizar un prorrateo de las remuneraciones del actor a fin de establecer la base indemnizatoria pertinente. Se remite a lo resuelto por un plenario de la CNAT. A la vez, se expone acerca de los caracteres de la "remuneración habitual", señalando el error en el que según lo considera, ha incurrido la apelante, en lo atinente a dicho concepto.

Con respecto a la impugnación de la procedencia de la indemnización contemplada en el art. 2 de la ley 25323, sostiene que el recurrente no efectuó el planteo dirigido a la reducción del monto al momento de contestar la demanda. Por tal razón estima extemporáneo el pedido efectuado en el recurso sub examine. Afirma que además, su contendiente no ha indicado las razones en las que sustenta la mencionada solicitud ni existe justificación válida alguna para su procedencia. Cita doctrina en el sentido indicado.

Finalmente, solicita que se rechace la apelación intentada con costas a la contraria.

V. Tratamiento de los agravios:

A. Atento el planteo efectuado por la parte actora y en uso de la facultad conferida a este Tribunal como Juez del recurso, que puede ser ejercida aún de oficio, corresponde examinar si el memorial de agravios reúne los requisitos formales de habilidad exigidos por el art. 265 del Código Procesal, aplicable supletoriamente en autos, en virtud a lo normado por el art. 54 de la ley 921.



En ese cometido y atendiendo a la gravedad con que el art. 266 del ordenamiento de rito sanciona las falencias del escrito recursivo, considero que habiendo expresado el recurrente la razón de su disconformidad con la decisión adoptada, las críticas efectuadas habilitan el análisis sustancial de la materia sometida a revisión.

Ello así, en razón que no debe desmerecerse el escrito recursivo, si llena su finalidad, aunque lo haga con estrechez o bordeando los límites técnicos tolerables. En ese entendimiento concluyo que el recurso en análisis debe ser examinado.

B. La Corte Suprema de Justicia de la Nación sostiene que los jueces no están obligados a analizar todas y cada una de las argumentaciones de las partes, sino tan sólo aquéllas que sean conducentes y posean relevancia para decidir el caso (CSJN, Fallos: 258:304; 262:222; 265:301; 272-225, etc.), en mérito a lo cual no seguiré al recurrente en todos y cada una de sus fundamentos, sino solo en aquellos que sean conducentes para decidir el presente litigio. En otras palabras, se considerarán los hechos jurídicamente relevantes (cfr. Aragonese Alonso "Proceso y Derecho Procesal", Aguilar, Madrid, 1960, pág. 971, párrafo 1527), o singularmente trascendentes (cfr. Calamandrei "La génesis lógica de la sentencia civil", en "Estudios sobre el proceso civil", págs. 369 y ss.).

Estimo conveniente destacar que el juzgador no posee obligación de ponderar en su sentencia todas las pruebas colectadas en la causa, sino solo aquellas que entienda, según su criterio, pertinentes y útiles a efectos de formar en su ánimo la convicción necesaria para proporcionar fundamentos suficientes a su pronunciamiento. En tal sentido, el Alto Tribunal de la Nación sostuvo que los jueces no están obligados a ponderar una por una y exhaustivamente, todas las pruebas agregadas a la causa, sino solo aquellas que estimen



conducentes para fundar su decisión (CS, Fallos, 274:113; 280:320; entre otros), ni deben imperativamente, tratar todas las cuestiones expuestas o elementos utilizados que a su juicio no sean decisivos (Fallos, 258:304; 262:222; 265:301; 272:225; 308:2172; 310:267; entre muchos otros), motivo por el cual la ausencia de consideración concreta de alguna de ellas no significa falta de valoración, sino la insuficiencia de aptitud convincente del elemento de prueba o del argumento como para hacer variar el alcance de la decisión.

C. Establecido lo anterior y delimitadas brevemente las posturas de las partes, ingresaré al análisis del primer cuestionamiento sustentado por el codemandado Dagnino, quien se queja por cuanto el a quo ha extendido a su parte la responsabilidad por el despido del Sr. Recalde.

En lo que hace a la ausencia de intimación extrajudicial de registración dirigida a su parte y a la AFIP, no encuentro que el sentenciante haya cercenado el derecho de defensa al disponer la condena solidaria del apelante.

Ya esta Sala tiene dicho que: "En caso de operarse por cualquier acto, una transferencia de establecimiento o negocio, el art. 228 de la LCT establece la solidaridad entre el transmisor y el adquirente respecto de las obligaciones laborales existentes al momento de operarse la transferencia. Es decir, se transmiten todas las obligaciones existentes en el momento en que opera la transferencia del derecho de gestión del negocio o establecimiento, quedando obligado por la solidaridad el nuevo titular, cualquiera que sea el origen del título (arrendatario, usufructuario, etc)". (cfr. Acuerdo Nro 22 del año 2015, dictado en autos 22/15 en autos "Aguayo Cecilia Trinidad C/ Aiello Raul Oscar y otro S/ Despido Indirecto Por Falta De Registración O Consignación Errónea de Datos en Recibo de Haberes" primer voto de la suscripta).

Considero de aplicación al caso la jurisprudencia emergente del plenario de la CNTrab. en autos "Baglieri"



(8/08/97, DT 1997-B,2013) que fue citado por la demandante en su responde al presente recurso.

Cabe resaltar que en dicho pronunciamiento la postura mayoritaria ha sostenido que: "El adquirente de un establecimiento en las condiciones previstas en el art. 228 de la LCT es responsable por las obligaciones del transmitente, derivadas de relaciones laborales extinguidas con anterioridad a la transmisión".

La tesis mayoritaria fue sustentada en los siguientes argumentos: a. la necesidad de proteger de manera singular al acreedor laboral, estableciendo un régimen en el cual no le fuera indispensable transitar por los cauces de la ley 11867 para poder invocar la responsabilidad de los partícipes de un negocio jurídico que, más allá de su licitud implica una transmisión patrimonial de relevancia; b. que habría sido intención legislativa otorgar al empleado una tutela de sus derechos no sujeta a un requisito formal de difícil cumplimiento; c. que resulta conveniente priorizar el principio de unidad de empresa para impedir la fragmentación de los créditos laborales anteriores o posteriores a la transferencia del establecimiento; d. que la aplicación del principio in dubio pro operario autoriza a reivindicar la interpretación normativa más favorable al dependiente. (cfr. Juan Carlos Fernández Madrid, "Tratado práctico de Derecho del Trabajo" T. II, Ed. La Ley, año 2007, pág. 1102).

Determinado, entonces, que la solidaridad atribuida por el art. 228 de la LCT, alcanza a las obligaciones subsistentes a la fecha de la transferencia respecto de contratos de trabajo ya extinguidos, -como es el caso de autos-, se desprende indudablemente, la legitimación pasiva del co demandado Dagnino que emerge de la naturaleza solidaria de la obligación establecida por la LCT y de las previsiones contenidas en el Código Civil al respecto.



Así el art. 699 del Código Civil vigente a la época de producirse el cese del vínculo laboral, faculta taxativamente al acreedor a exigir el pago de la deuda por entero contra todos los deudores solidarios juntamente o contra cualquiera de ellos, legitimando así, en el caso particular al actor para demandar al transmitente.

Por último, cabe señalar que, de modo diametralmente opuesto al propiciado por la apelante, la doctrina que comparto se ha pronunciado, concluyendo que el precepto legal contenido en el art. 228 de la LCT incluye no sólo las deudas salariales y las indemnizaciones por despido, sino también las previstas en las leyes 24.013, 25.323 y 25.345 entre otras, así como las correspondientes a la seguridad social (cfr. Ley de Contrato de Trabajo, Comentada, Concordada y Anotada, Jorge Rodríguez Manzini, Director, T.IV Ed. La Ley, año 2007, pag. 172).

Con lo expuesto, creo haber dado respuesta al primer agravio de recurso sub examine, por lo que mi propuesta al Acuerdo es su rechazo.

D. En lo referente al segundo agravio, mediante el cual el apelante cuestiona las conclusiones a las que arribara el a quo respecto a la existencia de una relación de trabajo regida por la LCT, luego de haber analizado las pruebas rendidas en autos, adelanto que, en mi opinión, coincidente con lo expresado por la parte actora en su responde, el escrito recursivo no posee argumentos sólidos que autoricen a desvirtuar lo resuelto en la anterior instancia.

A mi juicio, los elementos probatorios ponderados por el judicante de grado resultan idóneos para tener por demostrado que el accionante se hallaba inserto en una estructura técnica y económica, que determinaba la sujeción y cumplimiento de las órdenes impartidas por el personal de la empresa. También, ha de considerarse probada la utilización de los medios materiales de propiedad de la demandada para la



ejecución de la tarea desempeñada por el accionante a su favor.

A efectos de establecer la naturaleza jurídica de la relación que ligara a sendos contendientes, resultan a mi juicio irrelevantes las argumentaciones esbozadas en el escrito recursivo por el co demandado, atinentes a la existencia de prueba documental que da cuenta de los contratos de locación de servicios celebrados oportunamente y que fueran agregados a estos actuados. También, considero insustanciales tanto la probada condición de monotributista del actor como las facturaciones que Recalde realizara para cobrar sus retribuciones por el trabajo realizado para el establecimiento de la demandada.

Entiendo que la subordinación -rasgo esencial distintivo del contrato de trabajo- resulta claramente demostrada en el sub iudice, a través de las declaraciones testimoniales valoradas correctamente por el a quo.

En conclusión, coincido con el sentenciante de grado en que se ha probado en autos que el actor se desempeñó, en forma continua aproximadamente durante dos años y medio, habiendo cumplido tareas inherentes a la actividad de turismo lacustre desarrollada por el establecimiento de titularidad de la Sra. Ricoy, bajo las órdenes del co demandado Dagnino quien le daba las instrucciones para su realización.

No hay dudas que la accionada tenía reservado el poder de dirección y organización del trabajo, que manifestó la voluntad de continuar en la repetición de las prestaciones brindadas por Recalde por un largo periodo de tiempo (ver, en este sentido, declaraciones del testigo Gastón Eduardo MARCHIOLI de fojas 343/345, coincidentes con el testimonio de PEREYRA de fojas 362/364).

El hecho que el actor facturara para percibir su retribución y que aportara como monotributista, como ya lo tiene dicho la jurisprudencia unánimemente, no constituye un



elemento que permita aseverar la existencia de un contrato de locación de servicios, ya que la dependencia económica existente en el caso que nos ocupa, resulta evidente.

En tal sentido, se ha resuelto que "El hecho de que el trabajador se encuentre inscripto como autónomo y emita facturas no implica en modo alguno descartar la existencia de relación laboral" (cfr. autos "Paulette, Ricardo Manuel C/ Maxsys Argentina S.A. Y Otro S/ Despido", Sentencia del 28 de Agosto de 2003 de la Camara Nacional De Apelaciones Del Trabajo. Capital Federal, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Sala 03, Magistrados: Elsa Porta, Roberto Omar Eiras, Id Infojus: FA03040164).

Del mismo modo, se ha resuelto que: "Resulta claro que la naturaleza del contrato de trabajo, debe buscarse en la presencia de sus notas tipificantes y no en la falta de registración, falta de reclamos del dependiente; confección de facturas como si fuera autónomo, etc., pues justamente esos son los procedimientos o conductas que generalmente se observan y se imponen por el empleador en la relación laboral no registrada, con el objeto de burlar la ley; ...Es cierto que hay notas tipificantes que en caso de los profesionales no se dan con toda nitidez, pero lo concreto es que en caso de duda, cabe admitir la existencia del contrato de trabajo, cuando la prestación se desarrolla en el lugar de la explotación y para cumplir fines de la empresa." (cfr., autos "Castro, Maria Carolina C/ Zoberman, Jose Angel S/ Apelación de Sentencia", 16 de Febrero de 2005, Cámara De Apelaciones Del Trabajo. San Juan, San Juan, Sala 01, Magistrados: Novoa, Miguel Ernesto - Carrera, Hermes Francisco - Castro, Jose Dionisio., Id Infojus: FA05280012).

En el caso, la naturaleza de las tareas realizadas por el accionante y su continuidad temporal, obstan a su consideración como un servicio extraordinario, transitorio o estacional, pues resultaba imprescindible para la contendiente



el requerimiento de las labores desarrolladas por Recalde. En efecto, ha quedado acreditado en autos que la presencia de un guía de turismo en cada salida (excursión) que la embarcación realizaba, como parte de los servicios licitados, era un requisito obligatorio que debía cumplir el concesionario, de acuerdo con lo establecido por la APN, y al pliego de Bases y Condiciones que regía la misma (cfr. fs. 258, respuesta al pedido de informes emanada de la autoridad administrativa licitante).

A la vez, debe desecharse el argumento recursivo esgrimido por la parte co demandada acerca de percepción de ingresos fluctuantes por parte del actor, por cuanto tal como lo refiere el mismo demandante en su responde recursivo, el art. 104 de la LCT regula las diversas formas utilizadas a fin de determinar el importe de la remuneración debida al trabajador, que puede ser fijada por tiempo o por rendimiento, entre otras. En relación al salario variable, la norma establece distintos criterios, entre los que se destaca el de unidad de obra, y otras figuras que hacen hincapié en el rendimiento apreciado según diversas visiones, como pueden serlo la habilitación, gratificación, participación en las utilidades, etc. Por tal razón, el carácter fluctuante o variable del salario no descarta la existencia de una relación laboral regida por la LCT.

Entonces, las circunstancias fácticas que a mi entender se encuentran fehacientemente acreditadas y lo normado por el art. 23 de la LCT, me conducen al rechazo de los agravios de la parte co demandada, en atención a que la prueba relativa a que la realización de tareas no se enmarcaba dentro de un vínculo laboral regido por la LCT, como toda demostración que pretende destruir una presunción, debe ser terminante, que no deje lugar a dudas y está a cargo de quien no la acepta, en este caso el empleador. Pese a los esfuerzos argumentales que evidencia el escrito presentado por la



recurrente, encuentro que dicha parte no ha alcanzado a desvirtuar la presunción legal que avala la versión actoral.

Súmese a lo dicho que conforme al criterio que viene siguiendo esta Sala, en trámites como el presente: "cobra singular importancia la primacía de la realidad, uno de los principios generales del derecho del trabajo que tiene en el ordenamiento positivo numerosas manifestaciones (cfr. Etala, "Contrato de Trabajo", pág. 39/40, Astrea, 1.998), el cual importa una regla de interpretación para el juzgador según la cual sobre la ficción que puedan haber montado los litigantes se impone la realidad resultante de los hechos cumplidos durante la relación, ya que la misma tiene en consideración la situación de desigualdad en que se encuentran las partes integrantes del vínculo laboral y afirma el principio de buena fe (cfr. Acuerdo Nro 15/2015, en autos "SANZANA ALVAREZ LUIS ALBERTO C/ TIERRAS DEL SOL S.A. Y OTRO S/ DESPIDO DIRECTO POR CAUSALES GENERICAS" antes referidos, con remisión a Fernández Madrid, "Tratado Práctico de Derecho del Trabajo", T I, pag. 310/311 y nota 87, respectivamente, La Ley, 2da edición actualizada, año 2000).

Por ello y desde que este principio se presenta con caracteres más nítidos en las relaciones reguladas por el Derecho del Trabajo (cfr. Martinez Vivot, "Elementos del derecho del trabajo y de la seguridad social", pág. 82, Ed. Astrea, 1999) entiendo que el mismo se impone a lo largo del vínculo laboral a favor del trabajador, ello en atención a que esta primacía de la situación de hecho sobre la ficción jurídica se manifiesta en todas las fases de la relación de trabajo (Cfr. Deveali, "La empresa y las relaciones de trabajo", DT, 1953-337).

Concluyendo, el análisis del material probatorio efectuado precedentemente, conforme a las pautas expuestas al tratar el agravio, es más que suficiente para sostener que en los presentes se encuentra fehacientemente corroborado que el



demandante laboró para y bajo las órdenes de la co demandada Ricoy, -quien ha trasferido la embarcación y el contrato de concesión para la realización de la actividad de navegación en el lago Huechulafquen al recurrente-. También, tengo por demostrado que Recalde desarrolló tareas normales, habituales y necesarias dentro del ámbito en el que se desenvolvía la concesionaria pública, utilizando para tal cometido los medios materiales que la demandada le proveía, titular del catamarán "José Julián". Finalmente, a mi juicio se ha probado que el actor recibía, de la accionada, pagos documentados a través de facturaciones emitidas en su condición de monotributista -en fraude a la ley laboral-.

Por las razones expuestas es que considero, al igual que el sentenciante de grado, que debe estarse a la presunción de la existencia del contrato de trabajo conforme lo prevé el Art. 23 de la L.C.T.

E. En cuanto al postrer agravio, coincido con el accionante en que deviene aplicable lo resuelto en el Acuerdo Plenario Nro. 298 de la CNTrab. del 5/10/00 dictado en autos "Brandi, Roberto Antonio c/ Lotería Nacional s/ despido" cuya doctrina ha expresado que para el cálculo de la indemnización por despido no deben ser promediadas las remuneraciones variables mensuales, normales y habituales: Se toma la mejor.

Se ha sostenido en dicho plenario que: "Para el cálculo de la indemnización por despido no deben ser promediadas las remuneraciones variables, mensuales, normales y habituales (art. 245 L.C.T.)". Destaco de este pronunciamiento, lo expuesto en el voto del Dr. Guibourg, quien nos ilustra sobre el punto sometido a consideración de este acuerdo, afirmando que: "La remuneración mensual es la que se percibe mensualmente o en períodos menores; la remuneración normal y habitual es la que está compuesta por rubros que, aunque no se devengue cada uno de ellos constantemente, sí integren el salario en una notable



proporción de los períodos. Ninguna de esas calificaciones, estimo, remite a la cuantía económica variable del salario total o de cualquiera de sus rubros: por el contrario, la misma idea comparativa contenida en el adjetivo "mejor" indica una relación de desigualdad cuantitativa que ha de resolverse prefiriendo la remuneración más elevada".

Tal ha sido el criterio seguido por el juzgador de grado y no encuentro motivos válidos para modificarlo.

Con respecto a la impugnación de la procedencia de la indemnización contemplada en el art. 2 de la ley 25.323, tal como lo ha afirmado la contraparte, el recurrente no ha indicado las razones en las que sustenta la mencionada solicitud ni invocado motivo alguno que justifique su procedencia.

Esta Sala se ha pronunciado al respecto, emitiendo decisión en similares supuestos al planteado en autos, habiendo resuelto que: "La disposición bajo análisis, en su segundo párrafo faculta al juzgador a reducir prudencialmente el incremento indemnizatorio hasta la eximición de su pago y establece que para su operatividad deben darse dos requisitos: 1) que hayan existido causas que justifiquen la conducta del empleador: Ello puede ocurrir cuando éste consideró que se daban la condiciones que habilitan el despido causado y el tribunal concluye que existía mérito para una sanción, pero no la máxima. O también cuando el ex patrono acreditó que no pudo satisfacer la intimación por una cuestión de fuerza mayor no imputable, y 2) que lo jueces decidan la reducción y/o eximición de la condena en una resolución fundada (cfr. Sappia, Jorge J., "El agravamiento indemnizatorio en la ley 25.323", DT 2001-A, 223/227)" (cfr. S.D. 43/2015, voto del Dr. Furlotti, al que adherí, en autos "Camperi Virginia C/ Pema Srl S/ Despido Indirecto por Falta de Registración O Consignación Errónea de Datos en Recibo de Haberes", Acuerdo N° 43/2015, del Registro de la OAPyG de trámite, entre otros).



En el caso de marras, considero que no existen elementos que permitan fundar adecuadamente la exención total o parcial de la condena al pago de la indemnización bajo análisis.

F. Conclusión: Por todo lo hasta aquí expuesto, propongo al Acuerdo el rechazo total del recurso incoado por el co demandado Alcides Raúl Dagnino, con costas de segunda instancia a su cargo, correspondiendo diferir la regulación de los honorarios de Alzada para cuando se cuente con pautas para ello.

Mi Voto.

A su turno, el **Dr. Pablo G. Furlotti**, dijo:

Por compartir íntegramente los fundamentos expuestos por la vocal preopinante, así como la solución propiciada, adhiero a su voto. Así voto.

Por lo expuesto, constancias de autos, de conformidad con la doctrina y jurisprudencia citadas, y la legislación aplicable, esta Sala II de la Cámara Provincial de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral, Minería y Familia, con competencia en la II, III, IV y V Circunscripción Judicial,

RESUELVE:

I.- Rechazar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia definitiva de primera instancia y, en consecuencia, confirmarla en todo aquello que ha sido materia de agravios para la recurrente.

II.- Imponer las costas de Alzada a la demandada recurrente perdedora, difiriendo la regulación de honorarios para el momento procesal oportuno.

III.- Protocolícese digitalmente, notifíquese electrónicamente y, oportunamente, remítanse al Juzgado de origen.



**PODER JUDICIAL
DE NEUQUÉN**

Dra. María Julia Barrese - Dr. Pablo G. Furlotti

En igual fecha se protocolizó digitalmente. CONSTE.

Dra. Victoria P. Boglio - Secretaria de Cámara