NEUQUEN, 5 de septiembre de 2017.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: **"PARRA CAROLINA DAIANA C/ GOMEZ JOSE ENRIQUE S/ DESPIDO POR OTRAS CAUSALES"**, **(JNQLA1 EXP** Nº **471755/2012**), venidos a esta **Sala II** integrada por los Dres. Federico **GIGENA BASOMBRIO** y Patricia **CLERICI**, con la presencia de la Secretaria actuante Dra. Micaela **ROSALES** y, de acuerdo al orden de votación sorteado, **el Dr. Federico GIGENA BASOMBRIO dijo:**

I.- La sentencia de fs. 189/195 hace lugar a la demanda y en consecuencia condena a José Enrique Gómez a abonar la suma de $83.816,08 con mas sus intereses y las costas del juicio.

La decisión es apelada por la accionada en los términos que resultan del escrito de frs. 198/199 y cuyo traslado fuera respondido a fs. 201/202.

Sostiene el quejoso que en la sentencia se tuvo por válida la documental de fs. 2/90, no obstante que la misma fue desconocida por su parte y sin que se produjera prueba alguna tendiente a acreditar su autenticidad.

En segundo lugar, afirma que se tuvo por acreditado el vínculo laboral en base a testimoniales que solamente demuestran la prestación de servicios.

En tercer término, sostiene que no existe elemento alguno que acredite la fecha en que se fija el inicio de la relación, señalando que ningún testigo ha aludido a dicho tema.

II.- Ingresando al tratamiento de las cuestiones planteadas y analizados los agravios vertidos en base a las pautas del artículo 386 del Código de rito, señalo que los

mismos carecen de andamiento ya que la sentencia resulta ajustada a los hechos demostrados en la causa.

En primer lugar y con relación a la documental que se tuvo por reconocida por el juez señalo que, pese a lo que se afirma en la pieza recursiva, lo cierto es que el demandado no negó su autenticidad y mucho menos la recepción de las cartas documentos remitidas por el actor, conforme se advierte de la lectura de la contestación de demandada.

De todas formas y aún en el supuesto de no considerarlas, lo cierto es que la existencia del contrato de trabajo ha quedado debidamente demostrado a partir de las propias manifestaciones del accionado al reconocer la existencia de la prestación de servicios por parte de la actora y no haber prueba alguna que desvirtúe la presunción derivada del artículo 23 de la Ley de contrato de trabajo.

Así y en relación al tema, hemos sostenido:

"Como bien lo expresa la sentencia, el art. 23 de la LCT consagra una presunción a favor de la existencia del contrato de trabajo, la que incluso tiene vigencia cuando se utilizan, como en este caso, figuras no laborales (locación de servicios) –2do párrafo de la norma referida-".

"En doctrina coexisten dos posturas respecto de las condiciones que activan esta presunción: la tesis amplia y la tesis restringida".

"Mientras que para la tesis amplia (sostenida, entre otros autores, por Fernández Madrid, De La Fuente y García Martínez) la sola prestación de servicios hace operar la presunción de existencia del contrato de trabajo, estando a cargo del beneficiario de estos servicios la prueba de que ellos no tuvieron como causa un contrato de trabajo; para la tesis restringida (a la que suscriben Vázquez Vialard y Justo López), la presunción legal sólo opera cuando el trabajador

pruebe que los servicios prestados lo fueron en relación de dependencia, en las condiciones establecidas en los arts. 21 y 22 de la LCT (cfr. Candal, Pablo en "Ley de Contrato de Trabajo comentada" dirig. por Antonio Vázquez Vialard, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2005, T. I, pág. 318)".

"La posición asumida por esta Cámara de Apelaciones, ratificada por el Tribunal Superior de Justicia de la Provincia, ha sido la adhesión a la tesis amplia, considerando que para que juegue la presunción del art. 23 de la LCT es suficiente que el trabajador acredite la prestación de servicios, sin necesidad de probar que los mismos fueron realizados en relación de dependencia (cfr. TSJ Neuquén, 4/5/1995, Acuerdo n° 129; Cám. Apel. Neuquén, Sala II, 8/5/2001, "Fuentes Figueroa c/ Mueblería El Algarrobo", P.S. 2001-II, f° 329/331)".

En el mismo sentido, sostuvimos en la causa nº **312332/4**:

"Hemos dicho que para que juegue la presunción de existencia del contrato de trabajo prevista por el art. 23 de la LCT es suficiente que el trabajador acredite la prestación de servicios, sin necesidad de probar que los mismos fueron realizados en relación de dependencia. (TSJ-AC-129-4/5/95). El art. 23 de la LCT establece una presunción "iuris tantum" a partir de la demostración cierta de la prestación de servicios, y su existencia hace presumir que también existe contrato de trabajo y la excepción la determinará la particular circunstancia del caso debidamente acreditada. Es suficiente para que funcione la presunción, la acreditación de la efectiva demostración de servicios del actor para el demandado, descartando la exigencia de acreditar que esa prestación se efectúa en relación de dependencia (PS. 94-I-130- Sala I).(JUBA7-NQN- Q0000411)".

En el mismo sentido: "Normalmente de todo contrato de trabajo deriva una relación de trabajo, la cual se produce en todos aquellos casos en que el contrato es llevado a ejecución. De esa forma, en todo contrato de trabajo se produce, como natural consecuencia, una relación de trabajo, o sea, una prestación de servicios que constituye también, el objeto del convenio. Y esa prestación de servicios que es la manifestación habitual del Contrato de Trabajo, normalmente se lleva a cabo bajo la dependencia de quien resulta tomador de los servicios prestados. ***El pretendido empleador es quien debe probar que los servicios de que se trata constituyen una excepción a la regla general sentada en la presunción****. Entiendo que ésta, y no otra, debe ser la interpretación a dar a la presunción del art. 23 de la LCT. Y ello no deriva solamente de la naturaleza de la norma, sino también del análisis de su texto, ya que la ley se refiere a prestación de servicios sin ningún otro aditamento, en tanto que el legislador cuando ha querido que así fuera, ha caracterizado expresamente que los servicios deben ser prestados bajo relación de dependencia o subordinación, ej. Arts.21, 22, 27 de la LCT (Acuerdo nº 129 "Rodríguez Juan c/Montoya José s/Accidente ley 9688" TSJ 4-5-95). La presunción que consagra la norma legal referenciada tiene el alcance de trasladar la carga de la prueba al empleador en los supuestos en que el actor acredite la efectiva prestación de servicios. Será así quien niega que la misma se haya realizado bajo la dependencia que la ley presume, quien asumirá el deber de probar sus afirmaciones.(JUBA7-NQN- Q0001571).*

En cuanto a la prueba dijimos que: "la prueba de que la realización de tareas no implica relación de dependencia, como toda demostración que pretende destruir una presunción, debe ser terminante, que no deja lugar a dudas y

está a cargo de quien no la acepta, en este caso el empleador (PS. –95-III-413/415 Sala I).(JUBA7-NQN- Q0000428).

El Tribunal Superior de Justicia de esta provincia, ha sentado por unanimidad, igual criterio en torno a la presunción de la norma aplicable al caso, en los autos: "VERA FELISA C/ BANCO DE LA PROVINCIA DEL NEUQUEN s/ COBRO DE HABERES" Expte. Nº 265 – Año 2004, Acuerdo Nº 34/05 del 22-08-05.- al exponer: *"... 9) Que en torno al precepto contenido en el art. 23 de la LCT, ya este Cuerpo se ha pronunciado en anteriores oportunidades en el sentido que para que juegue la presunción de existencia de contrato de trabajo que consagra dicha norma, es suficiente que el trabajador acredite la prestación de servicios, sin necesidad de probar que los mismos fueron realizados en relación de dependencia (Ac. Nros. 129/5, 27/99, 15/02, entre otros). 10) Que, en los precedentes citados, se sostuvo que el art. 23 de la LCT, establece una presunción iuris tantum y que la presunción es una operación lógica en virtud de la cual dados ciertos hechos se infieren determinadas circunstancias. Vale decir que, ante la relación de trabajo –prestación de servicios- se supone la subyacencia de un contrato de trabajo, siendo presupuesto indispensable para el funcionamiento de la presunción contenida en la norma citada, la prueba de la prestación efectiva del trabajo (hecho de haber trabajado a favor del pretendido empleador).-... 11)... el destinatario de esos servicios puede demostrar que la índole del vínculo era ajena al régimen laboral. Entonces corresponderá al empleador destruir esta presunción, que admite prueba en contrario, demostrando que la prestación de servicios obedece a otras circunstancias que no tienen vinculación con un contrato de trabajo….". Entonces, la omisión de ofrecer y producir prueba alguna que haya desvirtuado la presunción legal sobre de existencia de vínculo laboral, y en especial de una figura "no laboral" como la*

invocada de "tercerización", juega en contra de la pretensión del demandado correspondiendo hacer lugar al reclamo de los actores en relación al despido.

Tal como se indicó, el empleador no ha alegado ni demostrado la existencia de prueba alguna que sustente su postura.

En tal sentido y como bien lo señala el juez, la negativa a la existencia de la relación laboral y su falta de registración configuran injuria suficiente como para tener por válido la ruptura indirecta del contrato de trabajo.

En lo que se refiere a la fecha de ingreso y si bien es cierto que los testigos no han acreditado la fecha aproximada de su inicio, cabe tener en cuenta que el juez tuvo por válida la fecha indicada en la demanda por cuanto la relación laboral no fue registrada, y al respecto, entiendo que ello resulta ajustado a derecho en función de la postura asumida por la empleadora y por aplicación de lo dispuesto por el artículo 38 de la ley 921.

En tal sentido y toda vez que el juez no ha fundado su decisión en las declaraciones testimoniales, los agravios vertidos en tal sentido por el quejoso carecen de virtualidad para modificar la fecha de ingreso establecida, dado que el argumento expuesto para justificar la decisión no ha sido controvertido.

III.- Por las razones expuestas, propongo se confirme la sentencia apelada, con costas a la demandada vencida, regulándose los honorarios en base a lo dispuesto por el artículo 15 de la ley 1.594.

La **Dra. Patricia CLERICI dijo:**

Por compartir los fundamentos vertidos en el voto que antecede, adhiero al mismo.

Por ello, esta **Sala II**

RESUELVE:

I.- Confirmar la sentencia de fs. 189/195.

II.- Imponer las costas de Alzada a la demandada vencida (art. 68 CPCyC).

III.- Regular los honorarios profesionales de los Dres. ... y ..., en el 30% de la suma que, por igual concepto, se determine para cada uno de ellos por su actuación en la primera instancia, conforme lo prescripto por el art. 15 de la Ley 1.594.

IV.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, en su oportunidad, vuelvan los autos a origen.

Dr. FEDERICO GIGENA BASOMBRIO - Dra. PATRICIA CLERICI
Dra. MICAELA ROSALES - Secretaria