



NEUQUEN, 28 de agosto del año 2018.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: **"FRITZ CASTRO ELSA ESTER Y OTRO C/ ZALDUA BLAS JOSE LUIS Y OTRO S/ INDEMNIZACION"**, (JNQLA1 EXP N° 500536/2013), venidos a esta Sala II integrada por los Dres. Patricia **CLERICI** y Fernando **GHISINI** en legal subrogancia (conf. Ac. 5/2018), con la presencia de la Secretaria actuante Dra. Micaela **ROSALES** y, de acuerdo al orden de votación sorteado, **la Dra. Patricia CLERICI dijo:**

I.- El demandado Blas José Luis Zaldua interpuso recurso de apelación contra la sentencia definitiva de fs. 217/220 vta. y su aclaratoria de fs. 223, que hace lugar a la demanda respecto del recurrente, con costas al vencido; y hace lugar a la excepción de falta de legitimación pasiva opuesta por el demandado Gustavo Javier Zaldua, con costas a la parte actora.

a) La recurrente cuestiona la valoración que ha hecho el a quo del material probatorio, en especial de la prueba testimonial.

Entiende que los dichos de los testigos carecen de credibilidad, debido a las notorias contradicciones en las que incurrían.

Detalla las falsedades en que, en su opinión, habrían incurrido cada uno de los testigos.

Agrega que, además de las citadas en el fallo recurrido, existen otras declaraciones que no han sido consideradas por el juez de grado, y que avalan la posición de la demandada.

Concluye en que el fallo atacado carece de motivación suficiente.

b) La parte actora contesta el traslado de la expresión de agravios a fs. 239/240 vta.



Defiende la decisión de grado.

II.- La crítica que efectúa la parte apelante refiere a la antigüedad que el juez de grado ha otorgado a la relación laboral al momento de la muerte del padre de los actores (siete años), que excede de la reconocida por el demandado (tres años).

La testigo Marlene del Carmen Quiroz Millaqueo, dice ser amiga de la madre de los demandantes desde hace más de diez años, y sostiene que el señor Paredes trabajaba en la empresa del demandado desde hacía, más o menos, diez años al momento de la declaración (junio de 2015), y sostiene "*cuando yo los conocí a ellos (por el trabajador fallecido y su mujer), él ya trabajaba en la empresa*" (acta de fs. 100/101).

El testigo Jacobo Antonio Díaz declara "*Yo trabajo en una metalúrgica...Nosotros le llevábamos a arreglar unos motores de cortina, lo conocía de ahí...Ellos bobinaban motores, arreglaban motorcitos...Cuando digo ellos, me refiero a Carlos Paredes y sé que estaban los hermanos Zaldua...No sé cuándo empezó Paredes a trabajar ahí...Yo creería que él trabajó ahí, como unos 8 años más o menos, 10 años, lo sé porque por ahí hablábamos con él*" (acta de fs. 102/vta.).

El testigo Francisco Alberto Martínez dice que "*...hace como 15 años que los conozco a ellos, cuando digo a ellos me refiero a ella con el marido que tenía, con Paredes...Yo que tengo noción, Paredes empezó a trabajar ahí hace 10 años, en eso anda*" (acta de fs. 103/vta.).

El testigo Angel Rubén Navarrete Riffo sostiene que: "*A Carlos Paredes lo conozco de hace 12, 13 años, de cuando yo vivía ahí, era vecino de él...Él trabajó 10, 11 años ahí, lo sé porque yo lo conozco de que empecé a vivir en la toma hasta que me fui*" (acta de fs. 104/vta.).

Estos son todos testigos ofrecidos por la parte actora, y en sus declaraciones basa su conclusión el juez de



grado respecto de la antigüedad del trabajador fallecido en su empleo.

Si bien el sentenciante de primera instancia considera que de los testimonios de los declarantes ofrecidos por la demandada no pueden extraerse elementos relevantes, entiendo que ello no es así.

En efecto, los testigos Fernando Germán Siarrusta, Alejandro Ernesto Zambón y Andrés Kraus (testimonios videograbados) afirman que conocen al señor Paredes desde el momento en que comenzaron a frecuentar el taller del demandado, situando los tres ese momento entre los años 2010/2011. Claro que ello no quiere decir que el señor Paredes no pudiera trabajar desde tiempo antes, ya que fueron los testigos quienes comenzaron a ir al establecimiento del demandado para la época referida.

Respecto de los testigos Luis Ottorino Paglialunga y Jorge Luis Pigtanessi (testimonios videograbados), asiste razón al a quo respecto a que no aportan elementos relevantes.

Es el testigo Roberto Andrés Kraus (propuesto por la demandada, y en testimonio videograbado) quién siembra dudas respecto de la versión de los testigos de la parte actora. El señor Roberto Kraus ha frecuentado el taller del demandado desde los años 2004/2005, ya que ha trabajado en infraestructura escolar, y refiere que recién vió o conoció al señor Paredes, en el taller, en los años 2010/2011. Da razón plausible de esta última fecha, señalando que trabajó en la repartición señalada en dos gestiones de gobierno diferentes, comenzando la segunda en marzo de 2010, y que después de unas vacaciones de invierno fue a comer un asado al taller y allí conoció a Paredes. Claro que también afirma este testigo que con anterioridad a 2010 estuvo trabajando en el interior, en San Martín de los Andes, por lo que también puede ser posible



que el trabajador se desempeñara en el taller desde antes de 2010.

Conforme la prueba testimonial la época de ingreso del actor a las órdenes del demandado no es clara, sobre todo si tenemos en cuenta que los testigos de la parte actora son amigos o vecinos de la familia del actor y han manifestado tener interés en el resultado del juicio, aunque señalaron que tal interés no les impediría decir la verdad.

En estos supuestos, donde existe una duda razonable respecto de la realidad de la situación, es que debe acudirse a la manda del art. 9 de la LCT, dirimiendo la duda en favor de la posición más beneficiosa para el trabajador.

Tal como lo afirma Mario E. Ackerman la aplicación de la regla in dubio pro operario en la valoración de la prueba es una manifestación del principio protectorio, y si bien no resulta pertinente a través de esta regla subsanar la omisión o insuficiencia probatoria en que puede incurrir el trabajador, si puede servir para dirimir, como última ratio, una duda razonable conforme existe en autos (cfr. aut. cit., "Ley de Contrato de Trabajo comentada", Ed. Rubinzal-Culzoni, 2016, T. I, pág. 174/182).

En parecidos términos se ha expresado esta Sala II, en anterior composición, en autos "Paniagua c/ Caterino" (expte. n° 379.223/2008, 5/2/2013): *"...de acuerdo con la nueva redacción del art. 9 de la LCT (conforme Ley 26.248), en caso de duda en la apreciación de la prueba, los jueces se decidirán en el sentido más favorable al trabajador "El in dubio pro operario puede tener una virtualidad importante en cuanto a los hechos, en el sentido de aceptar aquellos dudosos, no plenamente o insuficientemente probados, en orden a que resulten más favorables para el trabajador que para sus contradictores...La duda por la cual debe favorecerse al trabajador no es la que surge de la ausencia total de pruebas, al menos debe existir una prueba (de cualquiera de las partes)*



que lleva a presumir que las cosas ocurrieron de acuerdo con los dichos del trabajador...la desigualdad que existe entre el trabajador y el empleador existe antes, durante y después de la relación laboral, siendo en este último momento una de las causas por las cuales el trabajador verá como muy dificultoso producir prueba evidente e irrefutable de que sus dichos son ciertos, logrando en la mayoría de los casos acercar al juez sólo una duda razonable de que sus dichos son ciertos. Por este motivo, si esta duda no es evacuada por la prueba de su empleador, al momento de inclinar su voto y evaluar cuál fue la realidad de los hechos, el juez debe inclinarse a tener por ciertos los dichos del trabajador en cuanto guarden relación con hechos posibles y reales...No se trata necesariamente de que el tribunal supla deficiencias probatorias, aunque ello puede ocurrir, sino de valorar la prueba adecuada a las circunstancias, y en aquellos casos de verdadera duda volcar el resultado de la apreciación a favor del trabajador" (Serrano Alou, Sebastián, "El principio in dubio pro operario y la apreciación de la prueba", Revista de Derecho Laboral y Seguridad Social, Ed. Abeledo-Perrot, T. 2009-A, pág. 980). ("RETAMOSA ROSANA DEL CARMEN CONTRA COMUNICACIONES Y MEDIOS S.A. S/ DESPIDO", (Expte. EXP N° 373478/8), 1/2/2011-Sala II)".

Por lo dicho se confirma, entonces, la sentencia de primera instancia.

III.- En consecuencia, propongo al Acuerdo rechazar el recurso de apelación de autos y confirmar el resolutorio apelado.

Las costas por la actuación en segunda instancia son a cargo del recurrente perdidoso (art. 68, CPCyC).

Regulo los honorarios de los letrados que actuaron ante la Alzada, Dres. ... y ..., en el 30% de la suma que se liquide a cada uno de ellos, por igual concepto y por



**PODER JUDICIAL
DE NEUQUÉN**

su actuación en primera instancia, respecto del acogimiento de la demanda (art. 15, ley 1.594).

El Dr. Fernando GHISINI 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. 217/220 vta.

II.- Imponer las costas por la actuación en segunda instancia a cargo del recurrente perdedoso (art. 68, CPCyC).-

III.- Regular los honorarios de los letrados que actuaron ante la Alzada, Dres. ... y ..., en el 30% de la suma que se liquide a cada uno de ellos, por igual concepto y por su actuación en primera instancia, respecto del acogimiento de la demanda (art. 15, ley 1.594).

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

Dra. PATRICIA CLERICI - Dr. FERNANDO GHISINI

Dra. MICAELA ROSALES - Secretaria