NEUQUEN, 4 de abril del año 2019.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: **"TISSERA JORGE ALBERTO C/ TRANSPORTE LOS RUSOS S.R.L. S/ DESPIDO"**, (**JNQLA5 EXP** Nº **509544/2017**), venidos a esta **Sala II** integrada por los Dres. Patricia **CLERICI** y José I. **NOACCO**, con la presencia de la Secretaria actuante Dra. Micaela **ROSALES** y, de acuerdo al orden de votación sorteado, la Dra. Patricia **CLERICI dijo:**

I.- La parte demandada interpuso recurso de apelación contra la sentencia de fs. 64/68, que hace lugar a la demanda, con costas al vencido.

a) La recurrente se agravia, en primer lugar, por la entidad que la a quo ha dado a los dichos del testigo C., representante de SMATA.

Señala que si bien la jueza de grado afirma que ese testigo dijo que el actor laboraba para la demandada, en realidad de los dichos del declarante surge que lo que relató el testigo es que el actor concurrió al sindicato y le manifestó que trabajaba para la demandada, por lo que el trabajo bajo relación de dependencia con la accionada son dichos unilaterales del actor, y no vivencias advertidas por los propios sentidos del testigo.

Sigue analizando los dichos del testigo C., y destaca que otorga razón a su parte cuando declara que la demandada estaba inscripta como empleadora en el sindicato, y que todos los empleados estaban registrados; y que, en lo referente a que la demandada tenía un taller mecánico, ni siquiera lo ubica geográficamente, ya que solamente dice que "está cerca del balneario".

También se agravia porque se ha tenido por cierta el acta realizada por personal del Ministerio de Trabajo para

acreditar que el actor estaba trabajando para la demandada, cuando el acta coloca al actor como trabajando, pero nada dice respecto a que el establecimiento era de la accionada.

Señala que, además, no existen testigos en el acta labrada, sino solamente los dichos del demandante.

Agrega que de la constatación del domicilio que figura en el acta, y de los domicilios consignados en los telegramas y cartas documento, se advierte que no son iguales, que el acta se realiza en un domicilio, y que la intimación y demás actuaciones administrativas se notifican en otro domicilio.

Entiende que no hay testigos ni prueba que permita aplicar la presunción del art. 23 de la LCT.

Se queja de la aplicación de la indemnización del art. 2 de la ley 25.323.

Afirma que esta condena no se encuentra motivada.

b) La parte actora contesta el traslado de la expresión de agravios a fs. 76/vta.

Sostiene que los agravios formulados por la demandada no constituyen una crítica razonada y concreta del fallo recurrido.

II.- El memorial de la parte demandada reúne los recaudos del art. 265 del CPCyC, en tanto cuestiona correctamente la apreciación que del material probatorio ha hecho la a quo, por lo que corresponde ingresar a su tratamiento.

III.- Abordando, entonces, el recurso de apelación de la demandada, y analizadas las constancias de la causa, entiendo que le asiste razón a la recurrente, por lo que he de propiciar la revocación del fallo apelado.

En autos, la demandada ha desconocido la existencia de la relación laboral invocada por el actor.

Tal como lo sostuviera al fallar la causa “Coria c/ Moya” (expte. n° 374.633/2008, sentencia del 22/2/2011) y “Felipe c/ Rubio” (expte. n° 474.142/2013, sentencia del 5/4/2018), entre otros, *“reconocida, entonces, la prestación de los servicios …., juega plenamente la presunción del art. 23 de la LCT, produciéndose la inversión de la carga de la prueba, por lo que corresponde al presunto empleador acreditar que los servicios de que se trata constituyen una excepción a la regla general que señala que cuando se prestan servicios personales para otro, se efectúan por cuenta y riesgo del beneficiario, y que éste ha sido quién los ha organizado. Y esas excepciones son: que el trabajo ha sido realizado por razones de amistad (trabajo benévolo), o por una obligación familiar (trabajo familiar), o por un trabajador autónomo, o con un empresario con el que se han celebrado contratos de concesión o de agencia, por ejemplo (cfr. Fernández Madrid, Juan Carlos, “Ley de Contrato de Trabajo”, Ed. La Ley, 2009, T. I, pág. 523).*

“Cabe hacer un paréntesis en la argumentación a efectos de precisar que adhiero a la tesis amplia –además mayoritaria en doctrina y jurisprudencia-, que entiende que la sola demostración de la existencia de la prestación a favor de un tercero es suficiente para que opere la presunción del art. 23 de la LCT ya que, conforme lo señala Julio Grisolía (op. cit., pág. 234), afirmar que la prestación de servicios hace presumir la existencia de un contrato de trabajo tan sólo cuando estamos seguros que tal prestación se ha cumplido en relación de dependencia equivaldría, en la práctica, a sostener que la presunción del contrato de trabajo requiere la prueba del mismo contrato”.

En autos, la escasa prueba aportada al proceso no acredita la prestación de servicios por parte del actor, por lo que mal puede aplicarse la presunción del art. 23 de la LCT.

La sentencia recurrida entiende que esa prestación de servicios se encuentra acreditada con las actuaciones labradas por el Ministerio de Trabajo y con la declaración del testigo C,.

A fs. 5/8 obran copias simples de actuaciones pertenecientes al expediente n° 7-220-8553-2016 del Ministerio de Trabajo de la Nación. Estas copias fueron desconocidas por la parte demandada, como así también la realización de la inspección (fs. 19/vta.).

No obstante ello, en el auto de fs. 34/vta., se limitó la producción de prueba a la testimonial, por lo que no se hizo lugar (implícitamente) a la prueba informativa al Ministerio de Trabajo ofrecida por la demandante; resolución que fue consentida por las partes.

Consecuentemente, las copias simples acompañadas por la demanda no pueden ser utilizadas como prueba válida en estas actuaciones.

Jorge L. Kielmanovich, con cita de jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, señala que las fotocopias no autenticadas carecen de fuerza probatoria (cfr. aut. cit., “Teoría de la prueba y medios probatorios”, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2010, pág. 445).

El Tribunal Superior de Justicia provincial también se ha manifestado en igual sentido, sosteniendo que las copias simples nada prueban, máxime cuando han sido desconocidas expresamente por la contraria (autos “Garrido c/ Municipalidad de Plottier”, R.I. n° 6.743/2009 del registro de la Secretaría de Demandas Originarias).

En cuanto a la declaración testimonial de P.G.C., tampoco resulta prueba válida de la prestación de los servicios, por cuanto el testigo relata lo que le dijo el actor en oportunidad de concurrir al sindicato, pero el testigo no concurrió al domicilio de la demandada para verificar los dichos del ahora demandante, ni cuando se habría realizado la inspección del Ministerio de Trabajo, ni en ninguna otra oportunidad.

Más aún, de la reproducción de la videograbación de la audiencia testimonial, se advierte que el declarante no afirma que el actor trabajara para la demandada sino que dice que "supuestamente" el actor trabajaba para la empresa demandada: *"…el señor Tissera supuestamente trabajaba hasta ese momento en un taller que pertenecía a Transporte Los Rusos…".* A otra pregunta que se le formula sobre si sabe cuál es la actividad de la demandada, responde que *"…tiene trafics para transporte, y que tiene una sede donde las arregla, que era donde supuestamente nos comentaba que estaba el trabajador* (por el actor)…"; *"…por lo que él nos decía y lo que yo recuerdo cuando me habló, el taller estaba cerca del balneario, por calle B.B., específicamente donde quedaba, no…nosotros le pasamos los datos al Ministerio"*. Agregó que este taller estaba en el mismo predio de Transporte Los Rusos, pero que eso lo sabe por los dichos del actor. Aclara que la demandada estaba registrada en la base de datos como empleadora de la actividad del sindicato, pero que esa inscripción era del año 2004 aproximadamente, y que no registraba ni altas ni bajas de personal, no tenía movimiento, desconociendo el testigo que había sucedido porque esa registración era anterior a su gestión en el sindicato.

Como puede advertirse no surge tampoco de la declaración testimonial que el testigo tenga conocimiento

directo de la prestación de servicios que el actor dice haber realizado para la demandada.

Menos aún puede extraerse prueba de la prestación de los servicios del intercambio epistolar, en tanto éste también fue desconocido por la demandada, no encontrándose agregadas al expediente las constancias de recepción de los telegramas obreros de fs. 3 y 4, por lo que no puede conocerse si existió o no silencio de la demandada.

Ante esta situación, no habiéndose acreditado la prestación de servicios, no se genera la inversión de la carga de a prueba, y lo que corresponde es el rechazo de la demanda.

III.- Lo dicho en el apartado precedente me exime de analizar el agravio de la demandada referido al agravamiento indemnizatorio del art. 2 de la ley 25.323.

IV.- Por lo dicho, propongo al Acuerdo hacer lugar al recurso de apelación de la parte demandada y revocar el resolutorio apelado.

Recomponiendo el litigio, se rechaza la demanda, con costas, en ambas instancias, a la actora perdidosa (arts. 17, ley 921 y 68, CPCyC).

A efectos de proceder a la regulación de honorarios, tanto de la primera como de la segunda instancia, tomo como base el monto reclamado en la demanda, con más sus intereses (art. 20, ley 1.594), computados desde la fecha de la demanda y hasta la de la sentencia de primera instancia, lo que arroja un total de $ 254.827,58.

Computando esta base regulatoria, fijo los honorarios por la actuación en la primera instancia en $ 57.082,00 para el Dr..., por su actuación en doble carácter por la parte demandada; y $ 39.957,00 en conjunto para los Dres...., ... y ...., letrados apoderados de la parte actora,

todo de conformidad con lo dispuesto en los arts. 6, 7, 10 y 11 de la ley 1.594.

Los honorarios de los letrados que actuaron ante la Alzada se determinan en la suma de $ 19.980,00 para el Dr....; y $ 11.990,00 en conjunto para los Dres...., ... y .... (art. 15, ley 1.594).

El Dr. José I. **NOACCO dijo:**

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

Por ello, **esta Sala II**

RESUELVE:

I.- Revocar la sentencia de fs.64/68 y rechazar la demanda interpuesta, recomponiendo el litigio.

II.- Imponer las costas, en ambas instancias, a la actora perdidosa (arts. 17, ley 921 y 68, CPCyC).

III.- Regular los honorarios, tomando como base la suma de $ 254.827,58 en los siguientes montos: por la actuación en la primera instancia en $ 57.082,00 para el Dr...., por su actuación en doble carácter por la parte demandada, y $ 39.957,00 en conjunto para los Dres..., ... y ....., letrados apoderados de la parte actora (arts. 6, 7, 10 y 11 de la ley 1.594); y por la actuación ante la Alzada en la suma de $ 19.980,00 para el Dr....; y $ 11.990,00 en conjunto para los Dres...., ... y .... (art. 15, ley 1.594).

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

DRA. PATRICIA M. CLERICI - DR. JOSE I. NOACCO
DRA. MICAELA S. ROSALES - Secretaria