NEUQUEN, 3 de septiembre del año 2019.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: **"OCARES GUSTAVO ANDRES C/ BAC S.A. S/ DESPIDO POR CAUSALES GENERICAS"**, (**JNQLA3 EXP** N° **500688/2013**), 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, **el Dr. José I. NOACCO dijo:**

I. Contra la sentencia definitiva dictada el día 2 de octubre de 2018 (fs. 92/95), que hace lugar a la demanda interpuesta por el Sr. Gustavo Andrés Ocares en contra de la empresa BAC S.A., apela la demandada a fs. 98/105 mediante agravios que no fueron contestados por la contraria.

Se agravia, en primer lugar, por considerar incongruente y arbitraria la decisión que hace lugar a la presunción iuris tantum del art. 23 de la LCT.

Manifiesta que la sentencia se sustentó en declaraciones de los testigos del actor, excluyendo arbitrariamente sus propios testigos, sin señalar cómo fueron analizadas sus declaraciones ni cómo se conectaron con las demás pruebas producidas, y por qué las testimoniales que dan cuenta de la ausencia de relación laboral fueron dejadas de lado.

Entiende que el juez ha realizado una valoración absurda de la prueba extrayendo que el actor se desempeñó como dependiente de BAC S.A. por el testimonio de Rojas a quien la resolución atacada menciona como ocasional compañero de trabajo del actor.

Agrega que las manifestaciones efectuadas por su parte fueron sentadas capciosamente, toda vez que en la

contestación de demanda se niega la prestación de servicios del demandante en carácter de empleado dependiente, y que los escritos constitutivos de la litis deben ser ubicados en el contexto general.

Refiere que conforme lo demostrado en autos, si el actor prestó tareas en la base de la demandada lo fue en carácter de dependiente del Sr. Hernández y no como empleado de la accionada.

Como consecuencia de su postura, impugna la obligación de emitir las certificaciones del art. 80 LCT como así también las multas de la Ley 25.323 y 25.345.

Cita doctrina, hace reserva del caso federal y peticiona se revoque la sentencia en crisis.

II. Entrando a analizar las cuestiones traídas a resolver, adelanto mi opinión en el sentido que el recurso no puede prosperar.

En efecto, la demandada brevemente relata que el actor comenzó a trabajar para la accionada el 15 de mayo de 2010, realizando tareas de mantenimiento y de la playa de estacionamiento entre otras que debió cumplir en la propiedad de la demandada. Cita jornada y salario que debió percibir.

Luego de requerir en numerosas oportunidades la correcta registración y determinación de sus haberes conforme escala salarial, remite telegrama a la accionada intimando bajo apercibimiento y, ante su rechazo y negativa se considera despedido en fecha 13/7/2011 reclamando el pago de indemnizaciones bajo apercibimiento de aplicar multas.

Por su parte, la accionada negó cada uno de los hechos relatados por la contraria, diciendo que el actor jamás estuvo en relación de dependencia, que no ingresó a laborar en

la fecha que dice el reclamante ni realizó tareas de mantenimiento.

Refirió acerca de las incongruencias del escrito de demanda, con su falta de referencia a superiores o a quien le impartía órdenes y la invocación de actividades que nunca fueron requeridas por ella.

Al fallar, el sentenciante tiene por acreditada la realización de tareas, tanto por el reconocimiento que infiere de los términos de la contestación de la demanda como por los testimonios ofrecidos por la actora, y concluye que por aplicación del art. 23 de la LCT, era carga de la demandada demostrar que la naturaleza del vínculo obedecía a un título diferente.

Sin embargo, la quejosa argumenta que la sentencia excluyó arbitrariamente sus propios testigos quienes daban cuenta de la ausencia de relación laboral.

Es sabido que el sentenciante no se encuentra obligado a seguir y decidir cada una de las alegaciones esgrimidas por las partes, ni del mismo modo ponderar todas aquellas pruebas agregadas al expediente, sino sólo aquellos capítulos, cuestiones y probanzas pertinentes para la correcta solución del litigio.

"… La teoría jurídica de la prueba… significa que el juez, frente a las pruebas, no las acepta y como tales las pone en su sentencia, sino que por el contrario, previamente las valora de acuerdo con una convicción exclusivamente jurídica y basada en la experiencia. Esa apreciación varía según la naturaleza del pleito…" (Conf. FENOCCHIETTO-ARAZI, "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación", Editorial Astrea, Tomo I, pág. 551; opus citado, pág. 353/354).

Y es aquí donde las normas laborales juegan su importante rol en la interpretación de la prueba, en tanto el

art. 9 de la LCT, establece que: "… En caso de duda sobre la aplicación de normas legales o convencionales, o en la **apreciación de la prueba** en los casos concretos, prevalecerá la más favorable al trabajador, considerándose la norma o conjunto de normas que rija cada una de las instituciones del derecho del trabajo. Si la duda recayese en la interpretación o alcance de la ley, los jueces o encargados de aplicarla se decidirán en el sentido más favorable al trabajador..." (La negrita me pertenece).

El sentenciante refiere expresamente que fueron las declaraciones de los testigos propuestos por la actora analizadas armónicamente con las manifestaciones de la demandada las que lo llevaron a la conclusión de la existencia de una relación entre las partes y de su carácter laboral por imperio de lo dispuesto en el art. 23 de la LCT, toda vez que la demandada no pudo derribar la presunción allí establecida.

Es más, es el testimonio de Rojas (fs. 68) manifestando haber trabajado para el Sr. Hernández junto con el actor y referir que la relación de Ocares con Hernández era de empleado a empleador el que da cuenta de que el actor realizaba tareas de ayudante de albañilería en BAC S.A., ayudando a pasar materiales, baldes, cortes de piedra o cerámico, aplicando enduido y tareas varias.

Sin perjuicio de que ningún testigo pudo relatar que el actor recibiera órdenes de BAC S.A. haciendo visible el ejercicio del poder de dirección, no resultó un obstáculo para considerar la existencia de un contrato de trabajo.

Ello, en tanto dicho poder importa la facultad de reservarse el derecho o mejor dicho, la posibilidad jurídica de dirigir la actividad ajena y la desarrollada por el actor permitía una mínima o nula subordinación técnica.

Por otro lado, las manifestaciones que el recurrente dice haber sido capciosamente tomadas, únicamente refieren a la inexistencia de relación laboral pero en nada niegan la realización de tareas realizadas a favor de la accionada.

Sentada la existencia de las mismas, era a la apelante a quien le incumbía probar que tenían una naturaleza distinta a la invocada por el actor.

En relación a las presunciones, señala Etala que "… es frecuente que ignoremos si un hecho concreto (caso individual) pertenece o no a una clase (caso genérico) porque carecemos de la información necesaria, en razón de que existen algunos aspectos del hecho que desconocemos y esa falta de conocimiento es lo que provoca la dificultad de clasificar el caso. *Alchourron y Bulygin* señalan que esta dificultad es, hasta cierto punto remediable, pues los juristas han encontrado un ingenioso recurso práctico que les permite obviar la falta de información fáctica. Se trata de las "presunciones legales" que permiten al juez suplir su falta de conocimiento de los hechos y actuar como si conociera todos los hechos relevantes del caso. El lugar central lo ocupa –de acuerdo con estos autores- el principio general de la carga de la prueba según el cual todo aquel que afirma un hecho debe probarlo, pues si el hecho invocado no ha sido debidamente acreditado se lo tiene por no sucedido…" (Conf. ETALA, Carlos Alberto "Interpretación y aplicación de las normas laborales" Ed. Astrea, pág. 28 y 29).

Nada de ello surge de los testimonios de Ariztoy (fs. 78) Charra (fs. 79), Ponce (fs. 80) y Comelatto (fs. 81) dependientes de la demandada y comprendidos en las generales de la ley, quienes únicamente dan cuenta de no conocer al actor, recordar la construcción de una ampliación y una playa

de estacionamiento en el año 2008 pero no recordar cuál fue la empresa contratista.

La falta de aportes y precisiones en lo que respecta a la contratación para realización de obras o tareas de mantenimiento que pudieran conectar con las demás pruebas no contribuyeron a echar luz sobre por qué o en qué carácter el actor concurría diariamente en el periodo reseñado a prestar tareas en el predio de la accionada.

Por consiguiente, se convierte en operativo lo dispuesto por el art. 23 LCT acerca de la presunción de la existencia de un contrato de trabajo.

Puede observarse que el a-quo realizó una correcta valoración de las pruebas colectadas. La demandada tuvo la oportunidad de desvirtuar dicha presunción y no lo hizo y, la sola manifestación negando los servicios prestados por Ocares en carácter de empleado dependiente no implica derribar la presunción establecida legalmente.

Al respecto, en su anterior composición esta Sala ha dicho que:

"En doctrina coexisten dos posturas respecto 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)." (PS: 2008, N°128 - T°IV- F° 729/735, Sala II, 05/08/2008)..." (conf. "Cárdenas c/ García", Expte. N° 468228/2012, Sala II, 15/12/2016).

Por lo expuesto, siendo que el magistrado fundó clara y acabadamente su resolución indicando las pruebas armoniosamente evaluadas que lo llevaron a tomar su decisión, la queja articulada será desestimada.

En relación a las impugnaciones formuladas a la aplicación de las multas del art. 80 LCT y Ley 25.323, no constituyendo lo argumentado por el apelante un agravio real y concreto, no corresponde proceder a su tratamiento ya que sólo son consecuencia de lo decidido por el juez de grado que precedentemente se confirma.

III.- Por las razones expuestas, propongo al Acuerdo rechazar el recurso de apelación interpuesto por la demandada y confirmar la sentencia apelada en todas sus partes.

Las costas de esta instancia serán impuestas a cargo de la recurrente (art. 68 del CPCyC).

Los honorarios de los letrados intervinientes en esta instancia se regularan en el 30% de lo que se establece en la instancia de grado de conformidad con la Ley Arancelaria vigente.

La Dra. Patricia CLERICI dijo:

Adhiero al voto del señor Vocal preopinante, y agrego que, tanto de la contestación de la demanda como de las declaraciones testimoniales surge que el actor prestó servicios en el predio de la empresa demandada, fundamentalmente en tareas de construcción y afines.

También surge de las declaraciones de los testigos de la parte actora que quizás esos servicios fueron prestados para un tercero (¿Raúl Hernández?), quién era el que recibía las órdenes de personal de la empresa demandada, concretamente de Claudio Adrián Ariztoy, persona que declaró como testigo ofrecido por la parte demandada, señalando que la realización de la playa de estacionamiento y de otras obras que se realizaron en la empresa para esa época estuvieron a cargo de una contratista, creyendo que era la empresa Carrasco, o Aspi.

Sin embargo esta última circunstancia no se encuentra probada con fuerza tal que permita destruir la presunción que surge del art. 23 de la LCT, por lo que ante la duda y por aplicación del art. 9 de la LCT, la prueba debe ser apreciada de modo que favorezca la posición del trabajador. Más aún, cuando la demandada estaba en condiciones de acreditar la existencia del contratista y, eventualmente, que el demandante se desempeñó para aquél, pero no aportó prueba alguna tendiente a demostrar estos extremos.

Por ello, **esta Sala II**

RESUELVE:

I.- Confirmar la sentencia de fs. 92/95, en todo lo que ha sido materia de recurso y agravios.

II.- Imponer las costas de Alzada a la recurrente perdidosa (art. 68 del CPCyC).

III. Regular los honorarios de los Dres. ..., en carácter de apoderado y ..., como patrocinante de la parte demandada, en el 30% de lo regulado en la instancia de grado (art. 15 de la Ley arancelaria vigente).

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

Dra. Patricia Clerici - Dr. José I. Noacco
Dra. Micaela Rosales - Secretaria