---- En la ciudad de Trelew, a los días de agosto del año dos mil once, se reúne la Sala “A” de la Cámara de Apelaciones, con la Presidencia del Dr. Carlos A. Velázquez y la presencia del Sr. Juez del Cuerpo Dr. Marcelo J. López Mesa, para celebrar acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **“I., I. E. c/ G., D. y/o G., A. J. s/ Diferencia de haberes e indemn. de ley” (Expte. 245 – Año 2011 CAT)**, venidos en apelación. Los Sres. Magistrados resolvieron plantear las siguientes cuestiones: PRIMERA: ¿Se ajusta a derecho la sentencia apelada? SEGUNDA: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar? y expedirse en orden al sorteo practicado a fs. 143.----------

---- **A LA PRIMERA CUESTIÓN** el Dr. Velázquez expresó: ----------

---- I.- La sentencia de primera instancia condenó a los codemandados a pagar a la actora las indemnizaciones por su despido indirecto calculadas según el Dec. 326/56 y no a tenor de la L.C.T., desestimando a la vez el reclamo de diferencias salariales fundado en la aplicabilidad al caso del C.C.T. 108/75. Para así decidirlo el Señor Juez “a quo” argumentó que la prueba testimonial rendida acreditó el desempeño de la demandante exclusivamente en tareas propias del servicio doméstico y no en el cuidado de un enfermo que alegara.----------

---- Apeló la actora ese fallo sosteniendo al motivar su recurso que, tal como surge de la propia contestación a la demanda, la empleadora confesó haber contratado a la trabajadora para que atendiera a su esposo enfermo y que ella se desempeñó prestando esos servicios de atención. Señaló que tal prueba tiene valor absoluto y a la luz de ella corresponde hacer lugar al reclamo de diferencia de haberes y reliquidar las indemnizaciones de acuerdo a las disposiciones de la L.C.T.----------

---- II.- Alegado por la actora en su demanda el haber sido contratada para el cuidado de un enfermo, la contraria en su responde reconoció esa contratación para la atención de su esposo enfermo “limpiando la habitación, llevándolo al sillón, haciéndolo caminar, aseándolo, cambiando las sábanas” (fs. 23 vta., cap. IV). El hecho del cuidado de un enfermo quedó así, sin disputa, acertado en la causa por efecto de la figura procesal de la admisión, que se origina cuando del entrecruce de las alegaciones de las partes resulta la adhesión o conformidad de ambas con uno o más datos relevantes para el debate (arts. 45 inc. 4º de la Ley XIV n° 1, 333 inc. 4º, 360 inc. 1º, 363 y 364 C.P.C.C.; confr.: Guasp, “Derecho procesal civil”, 3era. ed., I-329, nº II, “b”), figura que en el caso operó del modo expreso configurado por el reconocimiento explícito de los hechos por la parte demandada.----------

---- No se trata en la especie entonces de un acertamiento de tal dato fáctico por la prueba confesional, sino lisa y llanamente mediante la admisión. El efecto propio de esa figura procesal consiste en dispensar la carga de acreditar los hechos por ella recogidos, pues ante la ausencia de controversia a tal respecto los mismos presentan ya la certeza necesaria para que el juez inspire en ellos el sentido de su decisión, de acuerdo a la teoría de la sustanciación o del hecho natural y a los principios dispositivo

y de bilateralidad a los que firmemente adhieren nuestras leyes adjetivas. Esos hechos admitidos quedan lisa y llanamente excluidos del “thema probandum”, porque la prueba ha de versar sobre los “hechos conducentes acerca de los cuales no hubiese conformidad entre las partes”, según edicta el art. 364 C.P.C.C. y no forman pues materia de ella los así fijados (confr.: Morello y otros, “Códigos Procesales...”, 1era. ed., V-10; esta sala, c. 17.989 S.D.L. 22/02, c. 18.898 S.D.L. 10/04, c. 20.605 S.D.L. 48/05, c. 123/10 S.D.L. 22/10, entre innúmeros otros precedentes).----------

---- Mas al propio tiempo las unánimes declaraciones testificales aportadas al proceso han venido a demostrar de manera contundente que la actora desarrollaba labores típicas del servicio doméstico (fs. 97, 98, 99, 113, 114). En suma, ella cumplía tareas mixtas, de cuidado de enfermos y domésticas, lo que es determinante para su encuadre laboral.----------

---- En efecto, es doctrina y jurisprudencia mayoritaria la de que las personas “*exclusivament*e contratadas para atender enfermos” se hallan excluidas no sólo de la órbita del Dec. 326/56 por expresa disposición de su art. 2, sino también del campo abarcado por la L.C.T., porque quien los contrató no persigue ningún fin económico y no reviste la calidad de empresario en los términos del art. 5 de este último ordenamiento, de manera que en tales supuestos se está en presencia de locaciones de servicios de las regladas por los arts. 1623 y concs. Cód. Civ.(confr.: Maza, “Cuidado hogareño de enfermos...”, Doctrinas Laboral Errepar, n° 149, to. XII, págs. 148 y sgts.; Alejandro, “Cuidadores de personas en el hogar familiar...”, D.T. 2004-B-1052; Reviriego, “Trabajadores del servicio doméstico”, Editorial Jurídica Panamericana 1999, pág. 75; C.N. Trab., Sala II, 6/9/05, “Pereira c/ Rubio” en L.L. 2006-A-22; ídem, Sala VI, 12/12/95, “Matta c/ Barletta”, en D.T. 1996-B-1801; ídem, íd., 28/9/06 “Cruz c/ Federico” en D.T. 2007-A-81; ídem, íd., 21/5/10 “Herrera c/ Marenco” en La Ley Online AR/JUR/268828/2010; íd., Sala VIII, 14/3/00, “Gigena c/ Guerrero de Martínez”, en L.L. 2001-A-299).----------

---- Pero no acontece lo mismo cuando las tareas desarrolladas por el contratado han sido mixtas, cual en la especie aconteció. Si bien la actora cuidaba al enfermo, lo aseaba, le hacía caminar, no lo es menos que a la par realizaba labores de baldeo de la vereda, limpieza de la habitación y de las ventanas de la casa, tareas todas que ingresan inexorablemente en el marco de la vida doméstica familiar. No se da entonces la exclusión del estatuto del servicio doméstico, pues el art. 2 del Dec. 326/56 sólo la consagra respecto de las personas contratadas *exclusivamente* para el cuidado de enfermos y dicha labor de asistencia en el subexamen no era excluyente (confr.: C.N. Trab., Sala IV, 9/11/89, “Pompillo Pereira c/ Santa María de Gómez”, en Abeledo-Perrot Online n° 13/4577; Cámara del Trabajo Córdoba, Sala X, 16/5/01, “Calderón c/ P. E. Morey”, cit. por Angelelli - García - Valle, “Análisis de la situación jurídica de los cuidadores de enfermos...”, trabajo presentado en las I Jornadas de Derecho Laboral y

de la Seguridad Social, Córdoba, Octubre de 2002 , publicado en www.,cpcecba.org. ar.).----------

---- Por tales motivos considero que el fallo atacado merece ser confirmado, bien que por fundamentos parcialmente distintos a los brindados por el sentenciante de la anterior instancia, cual entra en los poderes de este cuerpo hacer (art. 274 últ. párr. C.P.C.C., su doc.; esta sala, c. 20.839 S.D.C. 5/06, c. 21.435 S.D.C. 46/06, c. 21.737 S.D.C. 18/07, c. 22.480 S.D.L. 82/07), pues que el tribunal de apelación resuelva un punto en sentido idéntico pero con fundamentos diferentes a los del fallo del anterior grado, sólo supone el ejercicio por los jueces de la causa de la facultad que les incumbe de determinar y aplicar el derecho que la rige, en tanto no se alteren los presupuestos fácticos (confr.: C.S.N., L.L. 149-411).----------

---- Así sea a mayor abundamiento diré todavía que incluso si, por hipótesis, adhiriéramos a alguna corriente jurisprudencial minoritaria inclinada por subsumir la contratación para el cuidado de enfermos en la normativa general del contrato de trabajo, tal tesis resultaría inaplicable a la especie, puesto que los mismos partidarios de ella condicionan su aplicación a que al paciente le hayan sido brindados cuidados muy especiales, propios de paramédicos, distintos a la mera higiene y alimentación (confr.: C.N. Trab., Sala II, 15/2/93, “Vargas c/ Dillón”, en Boletín Temático de Jurisprudencia de la Cámara Nacional del Trabajo, marzo de 2005, pág. 5; ídem, Sala X, 2378/01, “Torres c/ Harss”, en Http:/7eo/1.errepar.com., BD/-T03331), lo que en la especie no ha sido demostrado como estaba a cargo de la actora hacerlo, en tanto la “amplia especificidad” de los servicios que ella alegara haber prestado (fs. 3 vta., párr. 5°) fue concretamente negada por la contraria (fs. 22 vta., pto. 5), transformándose así tal dato en controvertido, de aquellos que han de ser acreditados por quien los invocara para resultar atendibles en el fallo, el que, como regla, debe basarse en la prueba y no en la alegación (arts. 364, 381, 390 C.P.C.C.).- ----------

---- III.- Por lo expuesto propongo al acuerdo la confirmación de la sentencia apelada en todo cuanto fuera materia de agravios, con costas de segunda instancia a la recurrente vencida en ella (art. 57 de la Ley XIV n° 1) y regulando los honorarios de los Dres. J. A. H. y H. A. A., por sus tareas de alzada y vista la extensión, calidad y resultado de ellas, en la sumas de $ 2.200 y de $ 2.030 (arts. 5, 6, 6 bis, 7, 8, 13, 18, 46 de la Ley XIII n° 4, texto de la Ley XIII n° 15).----------

---- Me expido consecuentemente en esta cuestión por la AFIRMATIVA.----------

---- **A LA PRIMERA CUESTIÓN**, el Señor Juez de Cámara, Doctor Marcelo López Mesa, expresó: ----------

---- Que las cuestiones fácticas han sido suficientemente referidas por el colega de primer voto, motivo por el cual no abundaré en ellas, dando por reproducidos aquí los desarrollos efectuados al respecto por el Dr. Velázquez. Me concretaré, para el sustento individual de mi voto, a analizar los aspectos relevantes traídos a revisión de esta Sala.-

---- En autos no se discute que la contratación del actor fue con el objeto del cuidado de un enfermo, extremo de hecho afirmado por la actora y reconocido en el responde de la demanda. No discutido ello, carece de sentido exigir su prueba, al no tratarse de un hecho debatido entre las partes, por lo que ha quedado marginado de la faena probatoria.----------

---- Esta Sala ha sostenido con anterioridad, a través de un voto de mi autoría, que la carga de la prueba es un imperativo del propio interés, que pesa sobre cada uno de los litigantes para que acrediten la verdad de sus afirmaciones respectivas, mediante su propia actividad, si quieren evitar la pérdida del proceso, pues ella no es otra cosa que la necesidad de probar para vencer, y el riesgo de no probar es perder el litigio (esta Sala, mi voto, en sentencia del 13/8/08, in re “M., R. G. y otro c/ S. s/ cobro de pesos laboral”; registrada bajo el Nro. 52 de 2008 SDL; en igual sentido, Cám. CC Neuquén, Sala 1ª, 15/2/96, “Forneron, Osvaldo Enrique c/ Agustín Della Gáspera e Hijos S.R.L.”, en Juba sum. Q0000027; ídem, 18/5/95, “Capelari, Ana Maria y otro c/ Higinio, Daniel Oscar y otro”, en Juba sum. Q0000902).---

---- En un litigio judicial no tienen tanta trascendencia los hechos como las afirmaciones procesales de dichos hechos y su acreditación. Por ello los hechos no afirmados no ingresan a la litis y los no probados tampoco pueden tener virtualidad en ella. Tampoco son objeto de prueba los hechos reconocidos, ya que a reconocimiento de parte, relevo de prueba.----------

---- Ninguna de las partes tiene la carga probatoria de hechos que se hallaban reconocidos (esta Sala, sentencia del 23/09/2008, in re “A., S. A. c/ S., H. y otro s/ cobro de pesos – laboral” (Expte. n° 22.806 - año: 2008). Es así que el cuidado de enfermos por la actora está reconocido y debe tenerse por cuestión sustraida del ámbito probatorio.----------

---- Por otra parte, los testimonios rendidos en la causa son concordantes respecto del desempeño por la accionante de trabajos propios del servicio doméstico (cfr. fs. 97, 98, 99 y 114). Es así que, claramente se encuentra reconocido el cuidado del enfermo, así como probado que la actora realizaba labores domésticas, es decir, un trabajo mixto, lo que determina su encuadramiento laborativo.----------

---- Es que, en efecto, la jurisprudencia nacional mayoritaria, a la que adhiero, ha dejado sentado que el Estatuto del Servicio Doméstico (decreto ley 326/1956) en su art. 2 excluye de su ámbito de aplicación a las personas que sean exclusivamente contratadas para cuidar enfermos. No puede encuadrarse dicha relación en el ámbito personal de la LCT. toda vez que la accionada no puede considerarse empresa en los términos del art. 6 LCT., razón por la cual cabe concluir que dicho vínculo se halla regido por la ley civil (C. Nac. Trab., sala 3ª, 26/10/2005 -Gambarte, Irma S. v. Ibañez, Ana D. s/ despido, en AP online).----------

---- Además, el trabajo consistente en la atención constante de enfermos, y el control y

aplicación de la medicación, alimentación e higiene; constituye una actividad especial que desplaza la aplicación a quien la desarrolla de la normativa prevista en la ley de contrato de trabajo, pues no puede considerarse al accionado como titular de una organización de medios destinada a la producción de bienes, ni a la prestación de servicios, en la que el aporte personal de la actora, pudiera subsumirse (C. Nac. Trab., sala 6ª, 28/09/2006, “Cruz, Mercedes v. Federico, Salvado s/ despido”, AP online, voto del Dr. Fernández Madrid).----------

---- El cuidado de un enfermo, téngase o no título habilitante constituye una actividad especial que desplaza la aplicación a quien la desarrolla del dec. 326/56, siempre que el destinatario de la misma invista la condición de paciente en sentido genérico y requiera auxilios distintos a la mera higiene, alimentación y cuidados de la casa (C. Nac. Trab., sala 2ª, 15/02/1993, “VARGAS, ELVIRA E. v. DILLON, TOMÁS s/ DESPIDO”, AP online).----------

---- Ergo, las personas contratratas en exclusividad para cuidar enfermos se hallan excluidas tanto del ámbito de aplicación del Dec. 326/56 como de la L.C. T.----------

---- Sin embargo, no ocurre igual cuando se trata de tareas mixtas, como se encuentra probado en la especie que la actora ha desarrollado, pues la accionante cuidaba al enfermo, lo adecentaba, lo hacía deambular, lo llevaba al sillón, etc, pero a la par baldeaba la vereda, limpiaba la habitación y otras dependencias, limpiaba las ventanas de la casa, lo que se encuadra dentro de las tareas de una doméstica, que higieniza la casa.----------

---- En consecuencia, la falta de exclusividad del cuidado de enfermos, no permite excluir el caso de la órbita del Dec. 326/56, como bien propone el Dr. Velázquez en su voto.----------

---- Es que, tratándose el ámbito del Decreto referido de un ámbito legal protectorio, la regla es la aplicabilidad del mismo a las actividades que no fueran notoriamente ajenas a su ámbito de aplicación, las que además deben ejercerse con exclusividad, pues si se trata de tareas mixtas, basta que una parte de la labor encuadre en el ámbito de la norma, para que no pueda predicarse su inaplicabilidad. Máxime tratándose de una normativa tuitiva de los derechos del obrero.----------

---- Sería un verdadero contrasentido que una actividad mixta fuera excluida del ámbito protectorio, pues ello estaría demostrando precisamente que no se está dando al caso la protección buscada por el legislador.----------

---- Por los fundamentos expuestos, coincido con el juez preopinante sobre que el fallo de grado debe ser confirmado, en cuanto fuera materia de recurso y agravios, aunque por razones distintas a las allí puntualizadas, lo que no excede las facultades de esta alzada (cfr. art. 274 C.P.C.C. in fine).----------

---- Por ello, habré de acompañar la propuesta del Dr. Velázquez de confirmar el decisorio impugnado en cuanto fuera materia de recurso y agravios, imponiéndose las costas de alzada a la apelante vencida en esta instancia (art. 57 de la Ley XIV n° 1).-----

JOSE PABLO DESCALZI
SECRETARIO DE CAMARA

---- También propiciaré la regulación de los emolumentos de alzada correspondientes a los Dres. J. A. H. y H. A. A., respectivamente, en la sumas de $ 2.200 y de $ 2.030; tales determinaciones arancelarias se justifican en atención a la extensión, mérito, calidad y resultado de las respectivas tareas cumplidas en la alzada (arts. 5,6,6 bis, 7,8, 13, 18,46 de la Ley XIII n° 4, texto de la Ley XIII n° 15).----------

---- Por los fundamentos expuestos supra, a la primera cuestión, VOTO POR LA AFIRMATIVA.----------

---- **A LA SEGUNDA CUESTIÓN** el Dr. Velázquez respondió: ----------

---- Visto el acuerdo antes alcanzado, corresponde confirmar la sentencia apelada en todo cuanto fuera materia de agravios, con costas de segunda instancia a la recurrente y regulando los honorarios de los Dres. J. A. H. y H. A. A., por sus tareas de alzada, en la sumas de $ 2.200 y de $ 2.030.---------- ASÍ LO VOTO.---------

---

---- **A LA SEGUNDA CUESTIÓN**, el Señor Juez de Cámara, Doctor Marcelo López Mesa, expresó: ----------

---- En vista del acuerdo arribado precedentemente, el pronunciamiento que corresponde dictar es el que propone el Dr. Velázquez en su voto a esta cuestión.--------

---- Tal mi voto.----------

---- Con lo que se dio por terminado el acuerdo, dejándose constancia que la presente se dicta por dos miembros del Tribunal por licencia del sr. Juez de Cámara Dr. Carlos Dante Ferrari (Art. 7º Ley V Nº 17).----------

---- Trelew, de agosto de 2.011.----------

---- En virtud de lo resuelto en el Acuerdo cuya copia antecede, la Sala “A” de la Cámara de Apelaciones de la ciudad de Trelew; pronuncia la siguiente:----------

---------- **S E N T E N C I A**: ----------

---- CONFIRMAR la sentencia apelada en todo cuanto fuera materia de agravios.--

---- IMPONER las costas de segunda instancia a la recurrente y regulando los honorarios de los Dres. J. A. H. y H. A. A., por sus tareas de alzada, en la sumas de $ 2.200 y de $ 2.030.----------

---- Regístrese, notifíquese y devuélvase.----------

MARCELO J. LOPEZ MESA
JUEZ DE CAMARA

CARLOS A. VELÁSQUEZ
PRESIDENTE

REGISTRADA BAJO EL Nº 026 DE 2.011 – SDL.- Conste.-

JOSE PABLO DESCALZI
SECRETARIO DE CAMARA