En la ciudad de Puerto Madryn, a los días de febrero del año dos mil catorce, se reúne la Excma. de la Cámara de Apelaciones, con la Presidencia de la Sra. Jueza de Cámara María Inés de Villafañe y la asistencia del Sres. Jueces de Cámara Dr. Mario Luis Vivas y Dr. Heraldo Enrique Fiordelisi para celebrar acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **"P. L. c/ P. H. S.A. s/ cobro de pesos laboral" (Expte. Nº 291 Año 2013)** venidos del Juzgado Laboral N° 1 (Expte. Nº 295/2009), en apelación. Los Sres. Magistrados resolvieron plantear las siguientes cuestiones: **PRIMERA CUESTIÓN**: ¿es justa la sentencia apelada? **SEGUNDA CUESTIÓN:** ¿qué pronunciamiento corresponde dictar? y expedirse en orden al sorteo practicado a fs. 189.

A LA PRIMERA CUESTIÓN: El Sr. Juez de Cámara, Dr. Mario Luis VIVAS, dijo:

1.

La Sra. Jueza laboral dictó sentencia a fs. 163/168, haciendo lugar parcialmente a la demanda, condenado a H. P. S.A. a abonar al actor R. L. P., previo los descuentos legales que correspondan, la suma de $ 27.519,02 con más intereses.

Para arribar a tal resultado estimó, en lo pertinente, que tal como había quedado trabada la *litis* se imponía analizar la prueba a fin de determinar si existió relación laboral.

A tal fin analizó la prueba testimonial producida en autos, la que le permitió formar convicción respecto de la relación laboral invocada por el actor.

Estimó que la prueba, aunque escasa, benefició al accionante, pues los dichos de quienes aseveraron haber presenciado o percibido hechos

positivos concretos quitaron relevancia a los de quienes depusieron en forma negativa.

Indicó que, demostrada la relación laboral, sólo subsistieron como realidad los hechos narrados por el actor, habiendo probado éste la fecha de ingreso y la duración de la jornada laboral invocada.

Consideró que los incumplimientos de la demandada fueron de magnitud, agravados por la falta de contestación temporánea del telegrama intimatorio remitido por el actor.

Hizo lugar a la multa prevista por el art. 2° de la ley 25.523 y desestimó, por inaplicables al caso de autos, las prescriptas por los arts. 8 y 15 de la ley 24.013. En virtud del principio *iuria novit curia* aplicó la sanción prevista por el art. 1° de la ley 25.523. Desestimó la aplicación de la multa prevista por el art. 45 de la ley 25.345.

Intimó al accionado, bajo apercibimiento de astreintes, a hacer entrega del certificado de servicios y remuneraciones.

A los fines de proceder a la liquidación de los rubros de sentencia indicó que la categoría del trabajador era la N° 4 del CCT 389/04, para establecimientos categoría tres estrellas.

Impuso costas a la demandada en un 90% y a la actora en un 10%. Reguló honorarios profesionales.

2.

A fs. 172 apeló la sentencia la demandada, expresando agravios a fs. 174/179.

3.

Se agravia la demandada, por cuanto el decisorio: a) ha tenido por acreditada la relación laboral entre el actor y la demandada; b) subsidiariamente, ha tenido por acreditado que el actor comenzó el vínculo laboral con la apelante en la fecha denunciada en la demanda (15.08.2006); c) ha aplicado la multa del art. 1, ley

25.323, pese a que no fue pedido en la demanda; d) ha impuesto las costas a su parte, en su totalidad.

3.1.

En el primero de los agravios, sostiene que el art. 23, LCT sólo genera una presunción, lo que no obsta a que el actor deba acreditar la prestación de servicios en relación de dependencia a favor de la demandada, corriendo con la carga de la prueba de ello.

Entendió además que no se acreditó la remuneración denunciada en la demanda, sucediendo lo mismo con el período que dice el actor haber laborado y con la jornada de trabajo denunciada.

Realiza una análisis de las declaraciones testimoniales, objetando las aseveraciones de S. (fs. 108) por tratarse de una testigo de las denominadas “ de oídas”, y que a su juicio fuera determinante en el decisorio anterior para tener por probado el vínculo entre el mes de agosto de 2006 y el de diciembre de 2007. Respecto de sus aseveraciones, estima que se trata de una prueba sin eficacia de tal.

En cuanto a la testigo R. (fs. 110) sostiene que tampoco vio al actor cumpliendo tareas, desconociendo su jornada laboral ni su antigüedad en el empleo. En el mismo sentido se pronuncia con respecto a las declaraciones de S. (fs. 139).

Se queja también, pues el pronunciamiento no tuvo en cuenta otros testimonios en los que se da cuenta que el actor sólo cumplía tareas puntuales que en modo alguno pueden ser consideradas con entidad de vínculo laboral.

En tal sentido, destaca las declaraciones de M. (fs. 116), quien señaló que sólo vio al actor realizando reparaciones menores y de M. (fs. 123), en similar sentido.

Destaca además las declaraciones de B. (fs. 112) y R. (fs. 109), que eran los que se ocupaban del mantenimiento del hotel.

En síntesis, explicándose, la recurrente sostiene que P. era esporádicamente convocado para realizar “changas”, sin que ello implicara relación de dependencia: el actor asumía su propio riesgo, era autónomo, y no cumplía con jornada laboral alguna. Considera que la prueba testimonial no ha sido determinante para las pretensiones del actor, pese a las afirmaciones del decisorio anterior.

Ha señalado reiteradamente esta Cámara que la apreciación de la prueba efectuada por los jueces de grado constituye una decisión tomada por el juzgador en el centro o núcleo mismo de sus facultades, por lo que constituye el ámbito de mayor discrecionalidad y legítimo arbitrio que le concede el ordenamiento, no bastando

impugnarlas sobre la base de una opinión distinta sino que debe ensayarse, a su respecto, un ataque frontal, fundado en argumentos hábiles y conducentes, que demuestren el desacierto manifiesto de la resolución (cfr. "P. V., L. c/ P. S. I.S.A. “L. M. A. c/ C., R. O. s / Cobro de pesos” (Expte. nº 51 - año: 2010; SDL 09/10;); M., C. F. c/ P. H. S.A. y otro s/ Cobro de Pesos-Laboral” (Expte. Nº 53/ 2010; SDL 15 /2010); “H. E. M. c/ B. T. E. s/ Cobro de Pesos” (Expte. N°155 año 2010); SDL 28/2010; “O., A. E. C/ V., N. s/ Cobro de Pesos”, SDL 71/2011, entre otras).

Además, es menester poner de resalto que el apelante que cuestiona la apreciación de la prueba por parte del juez debe conmover las bases de sustentación de ésta y no meramente dar una versión subjetiva propia de ella. Porque opinión por opinión, prevalece la del juez, máxime en materia laboral, donde el juez es más libre todavía para apreciar las probanzas y causales de despido (cfr. esta Cámara, “O.”, cit).

Y en esa línea de argumentación, no se advierten razones para considerar que las declaraciones testimoniales citadas en el decisorio en análisis hayan incurrido en subjetividades tendenciosas no aptas para conferir valor probatorio a la existencia de relación laboral entre las partes. Máxime cuando han sido coincidentes en cuanto a las circunstancias de tiempo y lugar en que el trabajador desarrolló sus tareas.

Además, no puedo soslayar que es la misma recurrente quien reconoce que el actor era convocado para la realización de “changas”, aunque sin darle entidad de “relación de dependencia”, lo que demuestra “*prima facie*” la existencia de la prestación de un servicio a favor de la demandada.

En todo caso, la relación laboral (y como se verá luego, también la fecha de ingreso) se encuentra de este modo acreditada, pues el empleador ha reconocido que aquél prestó servicios a su favor. Su afirmación de que se trataban de labores “menores” no encuentra amparo en prueba alguna y no logra destruir la presunción contemplada en el art. 23 de la Ley de Contrato de Trabajo (cfr. Cámara 1a del Trabajo, de Paz y Tributaria de San Martín, “Alaniz, Jorge Luis c. Deliberto, Oscar p/indem. accidente de trabajo”, 23/05/2012, LLGran Cuyo 2012 (agosto), 783, AR/JUR/24250/2012).

En tal sentido, se ha señalado que, en cuanto a la interpretación y aplicación del art. 23 LCT, el hecho de la prestación de servicios hace presumir la existencia de un contrato de trabajo, salvo que por las circunstancias, las relaciones o causas que lo motiven demostrasen lo contrario; esa

presunción operará igualmente aun cuando se utilicen figuras no laborales para caracterizar el contrato, y en tanto que por las circunstancias no sea dado calificar de empresario a quien presta el servicio (cfr. Superior Tribunal de Justicia de Santiago del Estero, sala Criminal, Laboral y Minas, " Ibáñez, Diego Marcelo c. Empresa San Felipe y/o Propietario y/o Responsable s/diferencias de sueldos, etc - casación laboral", 20/04/2012 , La Ley Online, AR/JUR/16429/2012).

De modo tal que, frente a la referida presunción corría a cargo de la demandada desvirtuarla, a cuyo fin debió probar que la prestación de servicios que reconoce en su conteste de fs. 31/34 y reitera en el escrito en el que fundamenta su recurso, no lo era en relación de dependencia.

Un dato relevante, a mi juicio, de esa carencia probatoria y de la incólume presunción del art. 23, LCT lo constituye el hecho que la demandada no hubiera ofrecido probar la existencia de facturaciones del actor por las tareas esporádicas que dice realizaba a su favor.

Es decir, operada la presunción de existencia de relación laboral prevista en el art. 23, LCT, ésta podía ser desvirtuada, correspondiendo la prueba al respecto no al actor, sino a la demandada, que es quien, con fundamento en el mismo artículo, expuso que la vinculación jurídica tuvo por motivo una razón distinta al contrato de trabajo. Nada logró probar la apelante en tal sentido.

Por otra parte, para que se configure la relación laboral no se requiere que las prestaciones deban efectivizarse todos los días, pudiendo por el contrario configurar el vínculo un contrato de trabajo de carácter permanente, con prestaciones periódicas o discontinuas, lo importante es que ambas partes se obliguen recíprocamente a poner su capacidad de trabajo y a recibirla en determinadas fechas, sea durante algunos días, o un día de la semana o del mes, dado que la sola circunstancia de que el trabajador preste servicios algunos días de la semana no lleva a merituar

que su prestación no tenga carácter laboral, ya que tal modalidad no figura en las previsiones de la Ley de Contrato de Trabajo como demostrativa de la inexistencia de un contrato de trabajo.

Por tales razones, considero que este primer agravio debe ser desestimado.

3.2.

En el segundo agravio, subsidiariamente, la demandada se queja pues sostiene que la actora no logró probar que el actor hubiese laborado en el período comprendido entre el 15.08.2006 y el 23.03.2009. Señala que el testigo R. (fs. 113), ponderado por el decisorio como la prueba principal de este aspecto fáctico, manifestó haber visto al actor a partir de enero de 2008, por lo que el lapso transcurrido entre agosto de 2006 y diciembre de 2007 no se encuentra acreditado como laborado por el actor para la demandada. Es decir, a su entender, los primeros 17 meses de la alegada relación laboral no se encuentran acreditados.

El pronunciamiento en análisis, por su parte, expresó que, demostrada la relación laboral invocada sólo subsisten como realidad los hechos narrados por la actora, habiéndose también probado la fecha de ingreso y la duración de la jornada invocada. Dado lo expuesto, agrega, los incumplimientos de la demandada fueron de tal magnitud, y agravados por la falta de contestación temporánea del telegrama de la actora, corroborado a fs. 5, que razón tuvo P. para considerarse despedido por culpa de la accionada.

Si bien es cierto que ninguno de los testigos logró, mediante sus dichos, acreditar la fecha de ingreso del actor, no menos lo es que el aserto judicial que señala que se tornó operativa la presunción del art. 57, LCT, frente a la extemporaneidad de la contestación de la accionada a la intimación cursada por el actor no fue rebatido por la recurrente. Es decir, contra tal aseveración ninguna crítica formula la apelante, habiendo quedado firme a su respecto.

En efecto, la citada norma señala que constituirá presunción en contra del empleador su silencio ante la intimación hecha por el trabajador de modo fehaciente, relativa al cumplimiento o incumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de trabajo sea al tiempo de su formalización, ejecución, suspensión, reanudación, extinción o cualquier otra circunstancia que haga que se creen, modifiquen o extingan derechos derivados del mismo. A tal efecto dicho silencio deberá subsistir durante un plazo razonable, el que nunca será inferior a dos (2) días hábiles.

Cabe consignar al respecto que, tras la intimación de fs. 4 cursada por el actor (16.03.2009), no fue sino hasta el 25.03.2009, y como consecuencia de una nueva misiva (ver fs. 7) que la demandada diera respuesta, negando toda relación de dependencia, fecha de ingreso y remuneración denunciada (fs. 9).

En ese sentido, es dable señalar que el art. 57, LCT crea una presunción en contra del empleador ante el silencio de éste por un tiempo razonable opuesto a los telegramas intimatorios del trabajador constituyendo una manifestación tácita de consentimiento respecto de la reclamación o manifestación formulada (cfr. Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, sala VIII, “González, Cirilo R. c. Prodesur S.A., 27/12/2006, DJ 2007-II).

De modo tal que, la presunción del art. 57, LCT importa una presunción *iuris tantum* que nace del silencio patronal y cede ante la prueba en contrario, la que en modo alguno produjo la demandada. Es más, el hecho que el testigo R. (fs. 113) corroborara la prestación de servicios de P. desde su ingreso al hotel demandado, en enero de 2008, no obsta a que no lo hiciera desde antes.

En cuanto a la testigo S. (fs. 108), cabe señalar que, contrariamente a lo sostenido por el apelante, no se trata de las consideradas “ de oídas”, sino, por el contrario, ha aseverado que varias veces fue a cobrarle el alquiler al hotel y lo vio trabajando allí (ver contestación a la 1ª repregunta), refiriendo que el actor fue su inquilino desde agosto o septiembre de 2006 hasta abril de 2009 (ver contestación a las generales de la ley) y durante ese período trabajó en el hotel demandado (ver contestación a la pregunta 2ª).

De lo expuesto, se desprende que la presunción del art. 57, viene a ser corroborada a mí juicio con la declaración de S., respecto de cuyas declaraciones no tengo

razones para no considerarlas veraces, sinceras y objetivas, sin que la accionada aportara prueba alguna en sentido contrario.

Por lo expuesto, considero que este aspecto del agravio también debe ser desestimado.

3.3.

Se agravia la demandada, pues el decisorio, invocando el principio *iura novit curia*, dispuso el pago de la multa del art. 1°, ley 25.323, cuando en verdad fue peticionada en la demanda la condena al pago de las multas a que hacen referencia los arts. 8 y 15, ley 24.013.

Considera que resultan ser dos reclamos que responden a diferentes presupuestos de aplicación, el uno, con directa vinculación con la relación laboral vigente, y el otro, posterior al distracto. Estima que el pronunciamiento afecta de ese modo al principio de congruencia.

Cierto es que el objetivo de la ley 25.323 no es - como sucede con la ley 24.013 - la preservación y reencauzamiento de la relación de trabajo, ya que no se exige al trabajador una carga de actividad, como es la intimación del art. 11, ley 24.013. Esta diferencia deja abierta la posibilidad de que se interprete que el art. 1°, ley 25.323 es aplicable de oficio. Más aun, el primer párrafo del art. 1, ley 25.323 aparece redactado en términos imperativos: "*las indemnizaciones serán incrementadas…*". Esta redacción permite interpretar que, aun cuando el trabajador no hubiera reclamado la indemnización especial, el juez debería imponer su pago de oficio. Esto podría ocurrir cuando se hubiera reclamado la indemnización de la ley 24.013 pero se hubiera omitido cumplir con la intimación del art. 11 o se lo hubiera hecho en modo deficiente (cfr. Akerman, Mario E, "El art. 1° de la ley 25.323", en "Contratación y registración laboral", Revista de Derecho Laboral, 2009-2, Ed. Rubinzal Culzoni, p. 271).

De todos modos, del análisis de ambas normas se deduce que las circunstancias fácticas que brindan fundamento a los dos regímenes sancionatorios del trabajo clandestino son análogas.

En tal sentido, se ha decidido que si bien el actor no reclamó expresamente la multa del art. 1 de la ley 25.323 sino las propias de la ley 24.013, visto que las circunstancias fácticas que brindan fundamento a ambos regímenes sancionatorios del trabajo clandestino son análogas, por aplicación del principio *iura novit curia*, corresponde condenar a la empleadora a abonar el incremento indemnizatorio previsto en la norma citada en primer término (cfr. Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, sala II, Calviño, Irene Gabriela c. Servicio de Terapia Renal Argentina S.A., 19/10/2010, La Ley Online, AR/JUR/66266/2010).

También se ha dicho que, si bien la actora reclamó la aplicación de una multa por falta de registración del vínculo laboral con fundamento en la ley 24.013 (DT, 1991-B, 2333), en virtud del principio *iura novit curia*, debe encuadrarse dicho resarcimiento en el art. 1° de la ley 25.323 (DT, 2000-B, 2017), el cual contempla idéntica situación y sanciona el incumplimiento en cuestión con el incremento de la indemnización por despido (cfr. Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, sala I, Aguirre, Mirta E. c. Consorcio de Prop. Benjamín Franklin 833, 10/02/2006, La Ley Online, AR/JUR/463/2006).

Es decir, a los fines prácticos, ambas normas prevén la sanción de la falta de registración en virtud del trabajo clandestino, sin que los agravamientos previstos en cada una de ellas sean acumulables (cfr. art 1, in fine, ley 25.323), lo que predica sobre su misma naturaleza.

En síntesis, resulta procedente el incremento indemnizatorio previsto en el art. 1 de la ley 25.323 aun cuando el actor no haya peticionado expresamente dicho rubro, en tanto y en cuanto solicitó un resarcimiento por el trabajo clandestino fundado en la ley 24.013.

Por tal razón, el presente agravio en tratamiento debe ser desestimado.

4.

La cuestión relativa a costas, en atención al modo en que se resuelve, no sufrirá modificaciones con fundamento en el principio objetivo de la

derrota (art. 69, del CPCC), manteniéndose incólumes las fijadas a la demandada en la Instancia anterior.

Ello, sin perjuicio de señalar que, para establecer el carácter de "vencido" en una condena judicial, no es admisible parcelar el litigio en relación con los distintos reclamos, sino que ha de estarse a un enfoque global de la causa judicial (cfr. Fenochietto, Carlos E, "Código Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires, 7ª. Ed., Ed. Astrea, comentario al art. 68 del CPCCPBA).

Reviste calidad de vencido quien ha ofrecido resistencia en el pleito y el pronunciamiento respectivo no le otorgó tutela.

Según esta postura, asentada en la teoría del vencimiento, la condena en costas constituye un imperativo razonable y equitativo de indemnizar un perjuicio concreto: los gastos causídicos. Esto es, se observa la cuestión desde una óptica objetiva, desechando los móviles subjetivos que pudieron haber guiado a los justiciables. Así, se ha señalado que *"es principio general que domina la totalidad de los ordenamientos procesales, que la parte vencida en el pleito es quien debe cargar con la responsabilidad en el pago de las costas, ateniéndose al principio objetivo de la derrota, con prescindencia de la buena o mala fe con que la parte vencida pudo haber actuado durante el desenvolvimiento del proceso, no cediendo por la aplicación de la facultad que concede el art. 68 del CPBA, la que debe ser valorada restrictivamente"* (CCiv y Com. Azul, Sala II, LLBA, 1996, 131).

Por eso considero que, desde ese punto de vista objetivo, la cuestión del vencimiento no es un problema matemático sino un problema jurídico.

La condena en costas tiene dos fundamentos inmediatos: a) la norma jurídica general, que es la ley que autoriza, en ciertas condiciones fácticas, que se condene a una de las partes al pago de las costas causadas a la otra; b) la norma jurídica individualizada, que es la sentencia que aplica la ley al caso concreto que se haya controvertido (cfr. Ortiz Porras, Marco A, "Derecho Procesal Civil", México, 2008).

En suma, si prospera la demanda parcialmente por cuanto no se han admitido todos los rubros reclamados, no niega a la accionada su calidad de vencida si se opuso *in totum* a la pretensión del demandante (cfr. Fenochietto, op. cit.).

De esta manera, la circunstancia de que el éxito de la demanda sea parcial, no le quita a la demandada la calidad de vencida, aunque la demanda haya prosperado en menor medida y aun cuando lo sea en mínima parte. Es decir, corresponde que la parte demandada soporte las costas del juicio si las reclamaciones del accionante progresaron en lo sustancial, desde que la primera reviste la calidad de vencida (cfr. SCBA, 06.05.80, "Reseña", 1980, p. 127, n° 251, en Fenochietto, op. cit.).

Al decir de Palacio y Alvarado Velloso (en "Código Civil y Comercial de la Nación", T° 3, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fé, p. 85), la circunstancia objetiva de la derrota es la premisa ineludible para establecer la condena en costas (cfr. esta Cámara, SDC 28/2011; Cnciv., Sala C, 21.03.77, "C. R. c. M.", CNCiv. Sala E, 11.08.75, ED, 65-360, CNCiv. Sala F, 18.11.75, ED, 65-300, 16.12.76 "H. De E y E"; Cncon., Sala A, 12.08.76, ED, 70-244; CCiv y Com B.Blanca, Sala 1ª. 23.02.82, DJBA, 123-126, entre muchas).

De todo lo expuesto, surge entonces que no existen razones para apartar a la presente cuestión del principio general que rige la materia. Ello así, toda vez que la demandada ha resultado vencida en la cuestión sustancial y las costas habrán de formar parte del resarcimiento objeto de condena. Por tal razón, ninguna excepción de las previstas en la ley adjetiva provincial puede encastrar en el supuesto de autos y propondré al Acuerdo el rechazo del recurso impetrado, en este aspecto.

5.

Las costas de Alzada serán soportadas por la demandada apelante vencida (art. 69, del CPCC), y regulo los honorarios de los Dres. V. A. F. y S. L. F., en el 25%, en su conjunto de lo fijado en la Instancia anterior (arts. 5, 6, 13 y cc. de la ley arancelaria).

Por lo expuesto, voto por la **AFIRMATIVA**.

A LA PRIMERA CUESTION, el Sr. Juez de Cámara Dr. Heraldo Enrique Fiordelisi, dijo:

1 – Antecedentes – Sentencia - Agravios

El Sr. Juez Mario Luis Vivas ha desarrollado precedentemente en su voto los antecedentes del presente proceso, los postulados y fundamentos de la sentencia en crisis y las quejas esgrimidas por la recurrente como sustento del recurso que se le concediera. Por lo tanto, encontrándose cumplimentados los recaudos de ley, corresponde me aboque directamente al tratamiento de los agravios que dan fundamento a la apelación interpuesta.

2 – Tratamiento de los agravios

2.1) Existencia de la relación laboral

Agravia a la demandada que la sentencia recurrida haya tenido por acreditada la existencia de una relación de trabajo entre las partes.

Las quejas de la parte demandada -reseñadas precedentemente por el Dr. Vivas- apuntan a una errónea valoración de las pruebas realizadas por la sentencia recurrida, esencialmente la testimonial y exteriorizan su evidente descontento con la conclusión final.

Con respecto a la valoración de la prueba, esencialmente la "testimonial", la magistrada evaluó las declaraciones como conducentes para la solución de las cuestiones sometidas a su decisión y así lo ha expresado y fundamentado en su sentencia hoy recurrida, en la cual aclaró que testimonios le resultaban convincentes y cuales no, explicando los motivos. Ahora bien, que la actora no esté de acuerdo o no se encuentre satisfecha con esta decisión en virtud de que la conclusión fue la admisión parcial de la demanda, no es un argumento que tenga solidez para provocar por sí solo la revocación de lo decidido en la inferior instancia.

Sin perjuicio de lo expuesto, he dicho ya ante planteos similares al que realiza la quejosa, que los jueces de mérito pueden preferir alguna de las pruebas producidas a otras y omitir toda referencia a las que estimen

inconducentes; que basta expresarse en su valoración de los datos fácticos a aquellos dirimentes para la solución del caso y que no deben seguir al pie de la letra las argumentaciones de las partes, siendo suficiente que se pronuncien sobre la cuestiones fundamentales (doct. art. 384 CPCC; conf. SCBA, Ac. 22330, 13/10/76; Ac. 33589, 02/11/84; Ac. 33693, 25/09/84; Ac. 41085, 07/07/89; Ac. 82248, 23/04/03, entre otros). Si bien el juez tiene el deber de apreciar la prueba, ello no implica la obligación de referirse en detalle a cada uno de los elementos aportados, sino de seleccionarlos a fin de fundar el fallo en los más eficientes, tal como viene de la acción de los artículos 165 y 390 de la ley procesal.

Es que no existe imposición de merituar todas y cada una de las pruebas arrimadas pues se halla dentro de las facultades legalmente regladas -como ya lo referí- la de preferir uno sobre otros sin siquiera hacer mención de estos últimos, cuando no resulten relevantes para la dilucidación de la cuestión litigiosa.

Respecto a la crítica del apelante en relación a la valoración de la prueba, es del caso atribuir inoperancia al intento de probar un hecho a través de la personal interpretación de las pruebas, bajo la pretensión de que el sentenciante, que decide de acuerdo a los datos que considere dirimentes, deba explicar en cada caso, el porqué prescinde de la valoración de unas u otras, cosa que importaría sin lugar a duda una declinación del principio del artículo 390 y concs. del Cód. Procesal. Además, la prueba debe valorarse en su conjunto tratando de vincular armoniosamente los distintos elementos de conformidad con las reglas impuestas por la mencionada norma del ritual.

Con respecto a la valoración de la prueba “testimonial”, también he dicho reiteradamente como integrante de este Cuerpo que debemos tener presente que es menester la crítica del testimonio. Y la teoría crítica del testimonio reconoce que, para la exacta valoración del dicho de los testigos,

el juez debe tomar en consideración ciertos factores de cuya concurrencia depende la credibilidad de los mismos, tales como: idoneidad, moralidad, afectividad, verosimilitud, concordancia, exposición, razón del dicho, etc. (conf. SCBA, Ac. y Sent., 1957, IV, p. 144; 1962, I, p. 532; 1964, III, p. 539; DJBA, 122, p.149).

Deben así tomarse en cuenta las circunstancias de tiempo, modo y lugar del hecho sobre el que deponen los testigos, pues las mismas son fundamentales para valorar sus testimonios, ya que permiten establecer si se trata de un testigo presencial o de referencia, si su testimonio importa sólo una opinión o en realidad es la relación de un hecho percibido directamente por sus sentidos; si hay o no complacencia en su declaración, etc.

Desde luego que el juzgador puede desechar a los testigos que considere sospechosos, interesados o falaces conforme con los principios de la sana crítica, aun cuando no hayan sido objetados por la parte contraria (conf. SCBA, Ac. y Sent., 1964, I, p. 666; Cám. 2ª, Sala III, La Plata, LL 107-388). Tienen así los jueces de la instancia ordinaria la facultad de seleccionar los elementos probatorios -entre ellos a los testigos que los lleve a la convicción de certeza- descartando los que estimen superfluos (conf. SCBA, D.J.B.A., 114, p. 354; ED 79-447).

La valoración del testimonio de un testigo constituye, por lo tanto, una facultad privativa del juez, el cual de acuerdo con el conjunto de principios que sustentan su criterio de evaluación, admitirá o descartará con mayor rigidez las declaraciones que a su entender no sean la excepción de la verdad que trata de iluminar (conf. Cám.Apel.C.C.Morón, J.A. 1975, 28, p. 403; LL 1975-A, p. 843, sum. 749).

Por otra parte, advierto que la crítica de la recurrente no logra destruir la valoración que se realiza sobre la declaración testimonial de los testigos R., S. y R., la cual ha sido fundamentada y referida a hechos de los que

tuvieron conocimiento directo. Y tengo en cuenta, reitero, que en ningún momento se ha atacado la idoneidad de estos testigos por la vía pertinente.

Corresponde destacar que no advierto que con relación a la producción de la prueba testimonial se haya desplegado de parte de la apelante alguna actividad encaminada a disminuir los efectos del valor probatorio de la misma sobre los hechos que declararon en el proceso. En efecto, el art. 34 de la ley del fuero admite la "tacha" de los testigos por motivos fundados en inhabilidad y/o en hechos que hicieran presumir la parcialidad de su declaración, inclusive la norma del art. 460 del ritual también permite que las partes aleguen y prueban acerca de la idoneidad de los testigos. Es que los testigos pueden ser impugnados -"tachados"- alegando su idoneidad por cualquier causa referida a sus condiciones personales, morales o intelectuales que pueda tener influencia para minorar, desmejorar o hasta excluir la atendibilidad de sus dichos.

A través de la norma procesal en análisis las partes se hallan autorizadas para "alegar y probar" dentro del plazo de prueba, acerca de la idoneidad de los testigos, esto es, a impugnar en forma directa o inmediata el testimonio, a atacar al testigo como tal, desarrollando en torno a su declaración una verdadera prueba secundaria o de segundo grado, mediante la cual se trata de rechazar el dicho del testigo presentado por la parte contraria que constituye en realidad una censura y tiene el significado de no referirse a los requisitos, sino a los efectos del testimonio. Debe acudirse a tal procedimiento para destruir la presunción de verdad que por vía de principio goza el testimonio (conf. Cám. 2ª, Sala II, La Plata, C. A-38.283, reg. sent. 223/84).

Deviene así en el interés del propio justiciable, a la par que satisface la observancia de colaboración con el órgano jurisdiccional, utilizar el instrumental técnico que brinda el artículo 460 del ordenamiento procesal y el art. 34 de la ley del fuero.

Todo lo hasta aquí expuesto lo es sin perjuicio de que en definitiva -conforme lo vengo diciendo aquí- es el juzgador quien se encuentra facultado para tomar en cuenta la idoneidad del testigo al apreciar el mérito de las declaraciones, en el momento de dictar sentencia. En definitiva, al juez corresponde en ocasión de pronunciar la sentencia de mérito, la apreciación según las reglas de la sana crítica de las circunstancias y motivos que corroboren o disminuyan la fuerza de las declaraciones. Y, en el caso en tratamiento, no advierto fundamentos sólidos que conduzcan a desvirtuar los testimonios que han arrimado probanzas relativas a existencia de una relación laboral entre las partes de este proceso.

En realidad nada surge de las manifestaciones de la recurrente en cuanto a que la decisión final del tema bajo análisis debió ser distinto a lo sentenciado por la a quo y de allí su irrelevancia como agravio.

Queda en claro, de lo que hasta aquí vengo diciendo, que no se han presentado en el proceso probanzas relevantes y conducentes para poder decidir la cuestión en favor de la demandada.

Tengo en claro que la recurrente ha tenido una actitud omisa en lo que a la actividad probatoria se refiere y de allí que no ha logrado formar la convicción de la a quo, arribando a una sentencia que le ha sido desfavorable. Es que, como he dicho ya al votar en circunstancias similares, la carga procesal funciona a doble faz: el litigante tiene la facultad de contestar, de no probar y de no alegar; riesgo consistente en que, si no lo hace oportunamente, se falla en el juicio sin escuchar sus defensas, sin recibir sus pruebas o sin saber sus conclusiones.

La carga de la prueba es una *circunstancia de riesgo*, donde quien no prueba los hechos que debe acreditar, pierde el pleito, si de ellos depende la suerte de la litis. Es una noción procesal que contiene la regla del juicio por la cual se le indica al juez cómo debe fallar cuando no encuentre en el proceso pruebas que le den certeza sobre los hechos que deben fundamentar su

decisión, e indirectamente, establecer a cuál de las partes le interesa demostrar tales hechos, para evitarse consecuencias desfavorables (conf. CNCom., Sala B, 30/12/88, La Ley 1989-D, pág. 106, con nota de EISNER, I., *"Carga de la afirmación y de la prueba en el juicio civil"*).

La moderna ciencia procesal ha superado los clásicos postulados que asentaban la carga probatoria en el rol que el sujeto asumiera en el juicio (*onus probandi incumbit actori*) o en la índole afirmativa o negativa de su alegación (*ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat*). Hoy día, el criterio de distribución se atiene a la posición en que se encuentra cada parte respecto de la norma jurídica cuyos efectos le son favorables para el caso concreto; para alcanzar el efecto jurídico pedido, asume la prueba de los presupuestos de hecho contenidos en la norma fundante de su pretensión. No es dudoso que el Código Procesal vigente sigue esta orientación doctrinaria al imponer a cada parte la carga de probar "el presupuesto de hecho" de la norma que invocare como fundamento de su pretensión, defensa o excepción (art. 377) (en nuestro caso, art. 381 CPCC Provincial) (conf. CNCiv., Sala G, 12/04/84, Jam 1985, III, pág. 78; La Ley, 1986-G, pág.597, 37.154-S; 31/07/84, La Ley, 1985-C, pág. 574 o JA, 1984, IV, pág. 68 o ED, 111-224; ídem, Sala M, 03/05/89, La Ley, 1989-E, pág. 542). Es a cargo de quien lo alegue -por lo tanto- la prueba del hecho en que se funde el derecho cuyo reconocimiento se pretende. En otra palabras, el reparto de la carga de la prueba se regula a tenor del principio de que la prueba del hecho debe darla aquella parte que tiene interés en afirmar su existencia en cuanto le es favorable su efecto jurídico o respecto de los hechos a los que atribuye la producción del efecto jurídico que pretende (ver MORELLO, "Cód.Proc.Civ.Com.", T. V-A, págs. 170 y sigs.).

Es indudable que debió aquí la parte demandada acreditar los hechos y circunstancias en los que pudieran sustentarse sus pretensiones ya que de así no hacerlo el riesgo que corría era obtener una sentencia desfavorable.

No ha cumplido con la referida carga y de allí que considero ajustado a derecho la admisión de la existencia de la relación laboral decidido por la Sra. Magistrada a quo, conforme lo ha concluido también precedentemente el Dr. Vivas.

En concordancia con lo que vengo sosteniendo se ha decidido que *"resulta de aplicación la presunción establecida en el art. 23 de la Ley de Contrato de Trabajo, si la demandada se limitó a cuestionar la prueba producida por el trabajador considerándola insuficiente para demostrar la existencia del contrato, pero no se hace cargo ni refuta las consecuencias de su propia orfandad probatoria, máxime teniendo en cuenta que si el trabajador tuviera que acreditar la relación de dependencia no se entiende cuál sería la función de la presunción"* (CNTrab., Sala VI, 29/12/09, LLOnline, AR/JUR/57794/2009), como así también que *"se configura la presunción legal iuris tantum provista en el art. 23 de la LCT, de la existencia de un contrato de trabajo, cuando se acredita que ha existido una prestación de servicio. Por lo tanto, será el empleador quien deba probar que la prestación no tuvo como causa un contrato de trabajo"* (CNTrab., Sala VII, 24/11/09, LLOnline, AR/JUR/49529/2009).

En el caso, además de lo ya expuesto, considero que ha sido correcta la decisión de la a quo en el tema bajo análisis dado que la demandada reconoció que el accionante se desempeñó para ella, esgrimiendo la figura de la "changa" y sin que hayan celebrado las partes ningún contrato escrito, por lo que, no habiendo acreditado el emplazado la calidad de empresario del dependiente, debe presumirse conforme lo dispuesto por el art. 23 de la LCT, que esa prestación tiene su fuente en un contrato de trabajo. Y a ello debe añadirse que las declaraciones testimoniales -según ya hemos visto aquí- acreditaron la prestación de tareas por parte del trabajador para la demandada, circunstancia que también torna operativa la citada presunción.

En conclusión: para que la presunción *iuris tantum* consagrada en el art. 23 de la LCT quedara desvirtuada, debió la parte demandada producir prueba que demostrara que las tareas prestadas por el actor no lo fueron en relación de dependencia. La prestación de los servicios, extremo acreditado por el propio reconocimiento de la accionada y con la testimonial, torna aplicable al caso la presunción de la existencia del contrato de trabajo contenida en el art. 23 LCT, que consagra la inversión del *onus probandi*, la que no solamente no ha sido desvirtuada por medio alguno, sino que ha quedado plenamente corroborada. En tal mérito el vínculo alegado encuadra en lo normado por los arts. 21, 22, 23 y concs. de la LCT.

Cabe remarcar que el contrato de trabajo prescinde de las formas frente a la evidencia incontrastable de los hechos, por lo que ninguna relevancia tienen las manifestaciones que pudiere haber realizado la parte demandada de buena o mala fe para calificar sus relaciones, o incluso, el silencio que el dependiente pudiera haber observado durante el curso de la relación. Así, ni el lugar de trabajo, ni el cumplimiento de horarios, ni la falta de exclusividad u otra serie de elementos netamente formales, resultan determinantes de la inexistencia de una relación laboral, cuando, como en el caso, se trata de la prestación de servicios personales e infungibles en favor de otro, según sus órdenes e instrucciones y bajo su dependencia jurídico-personal.

En definitiva, coincido con la judicante de grado en que el pretensor integró los medios personales de los que se valió la principal para desarrollar su actividad, no habiéndose demostrado que las circunstancias del caso permitieran llevar a presumir un vínculo de naturaleza distinta que el previsto por los arts. 21 y 22 de la LCT.

Previo a concluir, corresponde dejar sentado que el precedente de este Cuerpo que menciona la demandada en su queja (*"J. c/ P. M. T. C."*), ninguna relación tiene con la cuestión que aquí se ha planteado. En efecto,

son supuestos totalmente distintos y de allí que no corresponda dar a este caso la misma solución dada en aquéllos.

Lo hasta aquí analizado y fundamentado y compartiendo también los vertidos por el Dr. Vivas en su voto precedente, me llevan a proponer al Acuerdo el rechazo de los agravios en tratamiento. Así lo voto.

2.2) <u>Falta de acreditación del tiempo de la relación laboral</u>

Afirma la quejosa que el reclamante no acreditó haber trabajado en el lapso comprendido entre el 15 de Agosto de 2006 y el 23 de Marzo de 2009.

He de coincidir con el Dr. Vivas en cuanto a que si bien es cierto que ninguno de los testigos refirió en forma clara la fecha de ingreso del actor, no es menos cierto que el silencio de la demandada ante el concreto requerimiento e intimación que contiene el primer despacho que le fuera remitido por el dependiente (fs. 4), hizo jugar la presunción contenida en la norma del art. 57 LCT. Al respecto, la sentenciante ha dicho: *"…los incumplimientos de la demandada fueron de tal magnitud y, agravados por la falta de contestación temporánea del telegrama intimatorio de la actora, cuya recepción ha sido probada por el informe del Correo de fs. 5, que razón tuvo P. en considerarse despedido por culpa del demandado…"* (fs. 166). Pues bien, esta terminante conclusión de la a quo no ha merecido reproche alguno por parte de la demandada, por lo que ha adquirido firmeza.

Sin perjuicio de ello es para mí indudable que corresponde confirmar la sentencia que consideró procedente el despido indirecto en el que se colocó el trabajador, por cuanto intimó a la demandada a que aclararan su situación laboral y le otorgaran tareas y ésta no respondió en el plazo que le fue otorgado en la requisitoria, lo cual hizo operativa la presunción prevista en el art. 57 L.C.T. en relación a las afirmaciones del actor relativas a la fecha de ingreso. Por otra parte, el deber de buena fe que debe primar en el vínculo laboral imponía a la empleadora dar respuesta oportuna a los

requerimientos del trabajador, en tanto su silencio tornó aplicable la presunción de la referida norma del art. 57 LCT, siendo irrelevante al respecto la documental obrante a fs. 9 atento su extemporaneidad.

La conducta del principal, de guardar silencio frente a la intimación del trabajador para que se le otorgasen tareas, implicó una presunción en su contra -art. 57 LCT-, no desvirtuada por prueba en contrario y un grave incumplimiento a las obligaciones derivadas del contrato de trabajo, tipificantes de la injuria prevista en el art. 242 de la Ley de Contrato de Trabajo, que por su gravedad impide la continuación del contrato de trabajo (conf. T.Trab. N°3 Quilmes, 02/03/2011, LLBA, 2011 (Abril), 332; DT, 2011 (Mayo), 1180; LL AR/JUR/5914/2011).

Como bien destaca en su voto el Dr. Vivas, a la presunción referida se le suman los dichos del testigo S. (fs. 108), quien muy claramente refirió que el actor fue inquilino suyo desde el mes de Agosto o Septiembre del año 2006 hasta Abril del año 2009 y que durante ese período P. trabajó en el hotel de la demandada. Nada indica que estos dichos deban descartarse como prueba relevante de autos y de allí que corresponda considerarla.

En virtud de lo expuesto, he de proponer al Acuerdo el rechazo del agravio analizado.

2.3) <u>Procedencia de la aplicación del art. 1 Ley 25.323</u>

Agravia a la demandada que la sentencia de la inferior haya aplicado, de conformidad con el principio *iura novit curia*, la norma del art. 1 de la Ley 25.323 cuando ello no fue peticionado por el reclamante, quien reclamó conforme la Ley 24.013.

He de coincidir con la respuesta dada a la cuestión por mi colega Dr. Vivas y ello así porque aun cuando no se reclamara específicamente la multa del art. 1 de la Ley 25.323 sino las propias de la Ley 24.013, si se encuentran acreditadas las circunstancias fácticas que brindan fundamento a ambos

regímenes sancionatorios del trabajo clandestino -que son análogas-, condenar a la incumplidora sobre la base de la primera importa la aplicación del principio *iura novit curia,* al iluminar el caso verificado -contrato de trabajo clandestino- con la otra regla de posible aplicación (art. 1 Ley 25.323). Toda vez que ha quedado acreditado el presupuesto fáctico para la procedencia de la multa prevista en el art. 1 de la Ley 25.323, la misma es procedente aunque no se la haya peticionado al demandar (conf. CNTrab., Sala II, 16/11/07, *"Ronconi, C.A. c/ Meyl S.A. y Ot. s/ Despido"*, SD 95.402; ídem, Sala II, 19/10/2010, LLOnline AR/JUR/66266/2010).

"Cabe hacer lugar a la duplicación indemnizatoria dispuesta por el art. 1 de la Ley 25.323 aun cuando no haya sido reclamada, ya que en el caso el actor pidió en su demanda un resarcimiento por trabajo clandestino y en dicho artículo se contempla dicha situación por el principio de iura novit curia" (CNTrab., Sala VII, 24/10/06, LLOnline AR/JUR/7428/2006; ídem, 02/02/07, LLOnline AR/JUR/380/2007).

Por lo expuesto, el agravio no es admisible y corresponde confirmar la sentencia en este punto.

2.4) <u>La condena en costas</u>

Pretende la quejosa que se modifique la imposición de las costas a su parte dado que no han prosperado todos los rubros que reclamara el actor.

No le asiste razón a la queja y le daré respuesta.

El fundamento de la institución de las costas y su principio esencial, es el hecho objetivo de la derrota en la contienda judicial (SCBA, Ac. y Sent., 1973, II, pág. 737; DJBA, 102, pág. 113), actuando como un medio de obtener que el derecho controvertido sea reconocido en su integridad y con la finalidad de que el vencedor obtenga el cabal resarcimiento de los gastos que le ocasionó el litigio o, como se ha dicho reiteradamente, que el derecho salga incólume del pleito (conf. Cám. 2ª., Sala II, La Plata, DJBA, 71, ág. 86).

En otras palabras, las costas son las erogaciones que necesariamente deben hacer los sujetos del proceso, para obtener la actuación de la ley mediante la resolución judicial que pretenden (conf. PODETTI, "Tratado de los actos procesales", pág. 111, N° 30), siendo principio general en la materia que el objetivamente derrotado debe resarcir íntegramente las mismas al vencedor (conf. Cám. 2ª., Sala III, La Plata, La Ley 119-231, 11.510-S; Cám. 1ª. Mar del Plata, La Ley 117-285). Decimos así que, como norma general, en todo juicio o incidente las costas deben imponerse siempre al vencido, porque quien hace necesaria la intervención del tribunal por su conducta -acción u omisión-, debe soportar el pago de las costas que la contraparte ha debido realizar en defensa de su derecho (conf. Cám. 2ª., Sala I, La Plata, causa A 28.711, reg. sent. 137/75).

En materia laboral el principio objetivo de la derrota debe ser interpretado de acuerdo con el sentido protectorio que tiene el derecho del trabajo. Con este enclave se afirma que por el solo hecho de no cumplir el empleador con las obligaciones a su cargo y obligar al trabajador a presentar su demanda ante la justicia, le corresponde el cargo de las costas aunque la acción no prospere en todo lo reclamado (conf. Cám. 1ª. Trab. Paraná, 30/05/80, SP La Ley, 981-231).

En base a lo expuesto, considero que no hay razones para efectuar una nueva distribución de las costas, correspondiendo confirmar el decisorio del inferior, rechazando el agravio de la recurrente. Así lo voto.

3 – <u>Las costas de la Alzada</u>

Atento resultar vencida en el recurso que le fuera concedido, corresponde imponer las costas de la Alzada a la parte demandada (art. 69 CPCC). Con respecto a los honorarios de los letrados actuantes en la segunda instancia, corresponde regular los que corresponden a los Dres. V. A. F. y S. L.F., en el porcentual propuesto precedentemente por el Dr. Vivas en su voto, en

virtud de respetar ello las pautas que determina la Ley Arancelaria aplicable.

A LA PRIMERA CUESTION, el Sr. Juez de Cámara Dr. Heraldo Enrique Fiordelisi vota por la **AFIRMATIVA.**

A LA SEGUNDA CUESTIÓN: El Sr. Juez de Cámara Dr. Mario Luis VIVAS, dijo:

Por tales fundamentos, el pronunciamiento que corresponde dictar es:

1. CONFIRMAR la sentencia dictada a fs. 163/168;

2. IMPONER las costas de esta Instancia a la apelante vencida (art. 69, del CPCC);

3. REGULAR los honorarios de los Dres. V. A. F. y S. L. F., en el 25%, en su conjunto de lo fijado en la Instancia anterior (arts. 5, 6, 13 y cc. de la ley arancelaria).

4. REGÍSTRESE, notifíquese y devuélvase.

Así lo voto.

A LA SEGUNDA CUESTION, el Sr. Juez de Cámara Dr. Heraldo Enrique Fiordelisi, dijo:

El pronunciamiento que corresponde dictar es el propuesto por el Sr. Juez Dr. Vivas, expresión de la decisión del Cuerpo que se ha formado al tratar la primera cuestión.

Con lo que se dio por terminado el acuerdo, dejándose constancia que la Dra. María Inés de VILLAFAÑE no emitió opinión por haberse formado la mayoría (arts. 7 y 8 de la Ley V N° 17) pasándose a dictar sentencia.

Puerto Madryn, de febrero 2014.

En virtud de lo resuelto en el Acuerdo cuya copia antecede la Cámara de Apelaciones de la ciudad de Puerto Madryn pronuncia la siguiente:

S E N T E N C I A

1. CONFIRMAR la sentencia dictada a fs. 163/168;

2. IMPONER las costas de esta Instancia a la apelante vencida (art. 69, del CPCC);

3. REGULAR los honorarios de los Dres. V. A. F. y S. L. F., en el 25%, en su conjunto de lo fijado en la Instancia anterior (arts. 5, 6, 13 y cc. de la ley arancelaria).

4. REGÍSTRESE, notifíquese y devuélvase.

REGISTRADA BAJO EL N° /14. SDL. CONSTE.