000649/2019

En la ciudad de Comodoro Rivadavia, provincia del Chubut, a los días del mes de febrero el año dos mil veinte, reunida en acuerdo la **Sala A** de la Cámara de Apelaciones de la Circunscripción Judicial con asiento en la ciudad de Comodoro Rivadavia, con la presidencia de su titular, Dr. Julio Antonio Alexandre, y asistencia del señor juez de Cámara Dr. Fernando Nahuelanca, para dictar sentencia definitiva en estos autos caratulados: **"G., A. c/ C. S.R.L. s/ SUMARIO (COBRO E PESOS E INDEM DE LEY) ", Expte. N° 649/2019** , venidos del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Laboral N° 1 (expte. nro. 2711/2015 ), y atento al resultado del sorteo establecido en el art. 271 del Código Procesal Civil y Comercial (fs.235), correspondió el siguiente orden para la votación: Dr. Fernando Nahuelanca, Dr. Julio Antonio Alexandre y Dra. Silvia Noemí Alonso.

Acto seguido se resolvió plantear y votar por su orden las siguientes cuestiones: **PRIMERA**: ¿Es justa la sentencia recurrida de fs. 220? y **SEGUNDA**: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la primera cuestión el Dr. Nahuelanca dijo:

La sentencia se dicta a fs.213/219, por la que procede parcialmente la demanda y condena a la parte demandada C. SRL, a pagar a la parte actora A. G., la suma de $ 173.743,21 e intereses, plazo 10 días. Impone las costas a la parte demandada y regula honorarios de los profesionales actuantes.

Apela bajo apoderamiento letrado la parte demandada a fs.220 y el recurso se concede a fs.221.

Los agravios se formulan a 222/225, en lo nuclear

que haya receptado la sentencia la existencia de una relación de trabajo, valiéndose para la controversia de las testimoniales que refiere, vendedores de los productos que elaboraba la demandada, sin perjuicio de desestimar los que discrepan sobre el nombre de la dependiente (uno D., el otro R.). Alude entonces a las declarciones de los testigos G. A., M. y W. G. H., que efectuaba la limpieza del establecimiento en calle Bouchardo. Alude a las circunstancias por las que da crédito a tales testimoniales.

Opone la recurrente que el análisis es incorrecto, comprente en la crítica a las declaraciones inciertas de los testigos N. C. y D. y agrega las del testigo U., quien reconoce como que la persona que realizaba la limpieza era de nombre "A.", que tenía una buena relación con ella y que había ingresado a los 2 meses en que el lo hizo, lo sitúa en setiembre de 2011. Analiza después las declaraciones de los Sres. M. y H., en la audiencia del día 18/5/16. Que M. dice que es cliente de la panadería y que compra pizzas o sándwiches de miga para la cancha de paddle; que hace años que concurre a la panadería y a la actora solo la vio 2 o 3 veces. Que hablando con la actora ella le dijo que trabajaba allí. De los dichos del testigo H., que trabajó junto con la actora en la panificadora, pero no conoce a C. SRL., que responde en forma de pregunta si la actora trabajaba en S. C.; que el testigo dice que trabajó 5 meses desde agosto de 2014 hasta enero de 2015, pero no se acuerda el nombre de los dueños del negocio donde trabajó la actora; que no sabe desde y hasta cuando trabajo la actora. Luego amplía lo que la

recurrente estima refuerzan sus deducciones que la conclusión del sentenciante es incorrecta.

La actora contesta los agravios a fs.227/229vta., peticiona se declare desierto sosteniendo que el recurso no contiene una crítica concreta y razonada del decisorio donde los fundamentos jurídicos los transcribe de textos del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación de Finochietto –Arazi. En segundo lugar contesta subsidiariamente a la afirmación de la demandada considerando improcedente la indemnización sustitutiva de preaviso e integración del mes de despido.

*Tratamiento de los agravios.*

Para impugnar e la indemnización sustitutiva de preaviso e integración del mes de despido, como se acaba de analizar, la recurrente otorga predicamento por una parte a las declaraciones de los testigos N. M., que trabajara en la la elaboración de pan, en la limpieza veía a una persona de nombre "R." y antes de ella otra limpiadora de nombre "M."; que el testigo trabajaba desde noviembre de 1991, pero no sabe quienes eran los envasadores, nunca vió quien envasaba; estos trabajaban en una sala contigua. Cita después la declaración de S. M. D., revendedor de los productos elaborados por la demandada durante dos años y no conoce a G., si a otro personal que allí trabajaba y que las tareas de limpieza las realizaba la persona de nombre "D.". Otro testigo U., manifiesta que concurría a trabajar a C. ante eventos especiales de esta, trabajaba dos otres horas y sigue manteniendo vinculación en la planta que está entre la Alem y Bouchardo, no sabe quien limpiaba, conoció a una sola

de nombre “A.” a quien veía. No la conoce a A. G., que trabajaba en pastelería de alta calidad en un lugar alejado de los otros, conoce a los dueños D. y C., pero no sabe quien envasaba.

Las precedentes son las declaraciones que privilegia la demandada recurrente en su confronte con las adoptadas por la sentencia. La de G. A. M., responde que conoció a la Sra. A. G. cuando fue a comprar al negocio, año 2014, 2015, preguntado donde trabajaba la Sra. A., ahí, baldeaba la vereda, no se, sabe que el negocio estaba en Bouchardo, negocio de panadería, no sabe quienes son sus dueños, yo la ví limpiar, no se que hacía, la ví dos o tres veces, cuando yo iba a comprar, a la mañana, lo demás no se, yo fui varias veces, la encontré en la vereda baldeando, ella me dijo que trabajaba ahí, que conoció a F. que distribuía pan.

En cuanto al testigo W. G. H., responde que trabajaron juntos en la panificadora, que trabajó en la panificadora S. C., está por Alem a cinco cuadras para abajo, trabajó cinco meses, desde el 17/8/2014 hasta el mes de enero/2015, que las tareas que realizaba la actora era personal de limpieza, trabajaba desde 5 de la mañana a la 1 de la tarde; que el testigo no estaba debidamente registrado; no se acuerda del nombre de los dueños, que era panadero y el nombre del ayudante era R. M., habían varias personas mas, no se acuerda de sus nombres, distintos rubros, las tareas de limpiezas las hacía solo G., alguna veces la Sra. G. envasaba el pan en bolsas de ½ kilo, había días que lo hacia la Sra. G., otras veces los repartidores; que sabe del horario que

trabajaba la Sra. G. por lo que escuchaba de compañeros, otros chicos que ingresaban en el mismo horario; el lugar donde se realizaba el envasado era en la parte de atrás de la panadería, a la primera hora de la mañana.

Es claro que el cuadro de las testimoniales dejan un marco de posibles críticas, en cuanto que si afirman determinados supuestos, luego es llamativo el desconocimiento de otros aspectos, al punto de poder insistir la recurrente que las testimoniales de N. y D. no resultan contradictorias, pues manifiestan que no conocen a la Sra. G.. Es claro, resta toda relevancia a la discordancia de los mismos con la persona de limpieza, donde otros dos testigos concordaron en el mismo personal de limpieza, la Sra. G..

A ésta coincidencia se acogió el sentenciante, por aplicación del art.9 L.C.T (ref.Ley 26.428), que la impugnante no controvierte.

En este marco, propio de la materia laboral y la amplitud del examen que importa el recurso por la revocatoria de la sentencia, iura novit curia surge al componente probatorio una carga que no pudo ignorar la empleadora demandada. Ello, la regularidad de los libros laborales que llevados en legal forma, habrían probado a su favor, que la Sra. G. nunca integró el personal de su parte.

Por el contrario, la demandada se opuso a la prueba pericial ofrecida por la actora a fs.16, para que con las constancias y documentación de autos, y a la vista no solo de los libros de contabilidad, sino además de los libros laborales, inscripción y rúbricas de los

mismos por la autoridad de comercio, se expidiera al respecto.

La demandada se opuso abiertamente a la integridad de la prueba, incluso peticionada con derecho por la actora bajo apercibimiento del art.55 Ley 20744, pues su realización dependía de la exhibición de los libros – en lo fundamental – los laborales respectivos, en tanto su falta de exhibición será tenida como presunción a favor de las afirmaciones del trabajador.

Llama la atención respecto a la prueba peticionada y frente a su oposición, el alambicado proveído de la Sra. Jueza Laboral de fs.34/34vta., con reflexiones inconducentes y omisivas, al punto de denegar el apercibimiento del art.55 LCT, con claro equivoco que solo importaba una prueba de neto corte de contable. Pero que en definitiva, frente al dictamen de la perito contable de fs.198/198vta., que no ha contado con los libros de sueldos ni otros libros o comprobantes del punto 5, el desinterés de la demandada no ha podido beneficiarla: "Todo comerciante está obligado a llevar cuenta y razón de sus operaciones y a tener una contabilidad mercantil organizada sobre una base contable uniforme, y de la que resulta un cuadro verídico de sus negocios y una justificación clara de todos y cada uno de los actos susceptibles de registración contable. Las constancias contables deben complementarse con la documentación respectiva. En consecuencia, la ausencia de respaldo por las aserciones del libro da cuenta del incumplimiento de las formas exigidas por el art.52 de la LCT que, en el caso, importa la aplicación de la norma del art.55 de dicho cuerpo legal" (CNT, Sala V, 31/5/12, "M.ez

Cañoles c/Orígenes AFJP S.A.", BJ 321/14, cita "Ley de Contrato de Trabajo (anotada)", pág.250 - Alfredo J. Ruprecht – Ed.Zavalía 2014).

Por todo lo expuesto se rechaza el recurso interpuesto y confirma el criterio de la sentencia apelada, con salvedad del monto en que prospera la demanda, advirtiendo la prevención de la actora de fs.15, reservando la aplicación del art.1 de la Ley 25.023 para el caso que no corresponda la aplicación de las indemnizaciones de la ley 24.013.

Es precisamente el caso de autos, por resultar de las CD. de fs.4 y fs.7, la primera de fecha 7/7/2015 y la segunda del 29/7/2015, no cumple con el plazo de espera de 30 días para habilitar la intimación del Dec.146/01 desde el finiquito de la relación laboral, prevención no advertida por la sentencia.

Queda en consecuencia revocado el fallo en cuanto integra las indemnizaciones de la Ley 24.013 y omite la indemnización del art.1 Ley 25323 por la suma de $ 18.618,60, con lo que en definitiva con los restantes montos que proceden indicados a fs.217/vta./218, la sentencia prospera por la suma de $112.914,43, con más los intereses previstos, no controvertidos.

Procediendo en todo caso la demanda en lo principal y atento la naturaleza del juicio, las costas se confirman y se imponen asimismo a la demandada en esta Alzada.

Encontrándose regulados los honorarios en porcentuales que se ajustan a derecho de acuerdo a los trabajos profesionales y cuestiones en debate, pot lo que se confirman los de la primera instancia y restantes alcances.

En esta Alzada, atento la ley arancelaria, normas consecuentes de fs.219 y con mas la previsión del art.13, propongo los honorarios conjuntos de los Dres. C. D. M. y M. S. S., en 30%, y los conjuntos de los Dres. C. S. K. y F. L. L., en 28%, en todos los caso mas el I.V.A.
en caso de corresponder.

A la segunda cuestión el Dr. Nahuelanca dijo:

Voto:

1) Rechazar parcialmente el recurso interpuesto por la parte demandada C. SRL., fundado a fs.222/225, contra la sentencia de fs.213/219, con los alcances de los puntos siguientes.

2) Revocar parcialmente la sentencia aludida de fs.213/219, punto 1 de la parte resolutiva, en cuanto al monto de condena, que se establece en la suma de $ 112.914,13 con los restantes alcances.

3) Confirmar la imposición de las costas y regulación de honorarios de primera instancia.

4) Imponer las costas de la Alzada a la parte demandada, proponiendo las regulaciones de honorarios de conformidad con el considerando respectivo.

A la primera cuestión el Dr. Alexandre dijo:

Que la sentencia parcialmente condenatoria de fs. 213/219 es apelada por la demandada a fs. 220 conforme informe de fs. 222/225, severamente cuestionado por presunta insuficiencia por su oponente a fs. 227/ 229vta. que lo contesta subsidiariamente sosteniendo el fallo.

En la sustanciación del recurso de apelación, el cumplimiento de los requisitos debe ponderarse con

tolerancia, mediante una interpretación amplia que los tenga por cumplidos aun frente a la precariedad de la crítica del fallo apelado, directiva que tiende a la armonía entre el cumplimiento de los requisitos legales y la garantía de defensa en juicio y delimita restrictivamente el ámbito de las sanciones que importan pérdida o caducidad de los derechos del apelante.(ver v. gr. Loutayf Ranea, Roberto G., "El recurso ordinario de apelación en el proceso civil", Astrea, 1989, T. 1, par. 101, pág. 275), de tal modo no propiciaré la deserción pretendida por la actora y al mantenerse abierta la instancia seguiré el orden de tratamiento propuesto en el voto anterior.

Previo considero que merece un párrafo establecer cual es la postura que me guía en la problemática que emerge del art. 23 LCT. en atención a la persistente negativa que viene sosteniendo la demandada sin demasiado esmero argumentativo y solo, en esta instancia fundada en la prueba testimonial, erróneamente interpretada conforme su enfoque.

De allí que en circunstancias análogas he señalado que a los efectos de que se torne operativa su presunción basta la prestación de tareas y es la demandada quien debe desvirtuar la presunción legal demostrando que no se trataba de una relación laboral.

Recuerdo que tal cuestión no siempre ha merecido el mismo tratamiento así se lee que un sector de la doctrina -en las décadas del ochenta y noventa, liderado por los Profesores Justo L. y Antonio VÁZQUEZ VIALARD- había sostenido que junto con las prestaciones realizadas el reclamante laboral profesional debía acreditar la relación de dependencia.

Sin embargo, una interpretación amplia del art. 23 LCT se fue imponiendo en la jurisprudencia, para la cual resulta evidente que con dicho artículo el legislador quiso quitar al trabajador la difícil carga de probar los datos fácticos de la dependencia -además de la prestación de trabajo- y por eso la consideró presumida, dejando en manos del demandado la posibilidad de demostrar que el contrato no fue laboral, es decir, que no hubo dependencia.(ver v. gr. "La ley 20.744 y la relación de subordinación como presunción hominis. Desde el Dr. Centeno hasta la casuística" por Pérez del Viso, Adela de fecha 26-jun2019 en Cita: MJ-DOC-14939-AR | MJD14939 y en trabajo "La relacion de dependencia laboral a la luz del principio de buena fe y los valores presuncionales" por Aquino, Claudio, publicado en: LA LEY 23/12/2019, 8 considerando útil para facilitar la comprensión de su postura destacar la cita en la que señala que:…"En tal sentido, consideramos menester evocar en el punto específico la construcción pretoriana que fuera declamada, entre muchas otras, con suficiente razonabilidad en la causa 'Saraceno, Salvador D. c. Legarreta Ferreira, Paola' (CNTrab., sala X, 23/12/2009) en la cual se afirma: Resulta menester señalar como protocolo sistémico e introductorio en esta puntual temática que uno de los medios para tener por acreditada la conformación de un nexo contractual con estirpe y efectos laborales subordinados, viene dado a través de la presunción legal que predica la manda normativa del citado dispositivo y que haya sustento en la demostración en juicio de la realización personal de tareas para la aquí demandada. Tal

presupuesto, probada la prestación, conlleva generalmente un efecto presuntivo iuris tantum, lo cual a la par tracciona la exigencia y carga probatoria desde la accionada a los fines de lograr enervar la presunción mediante la producción suficiente de material de probanza en contrario").

Consecuente con lo señalado resta constatar si tal como afirma la recurrente encontraremos sustento a su obstinada negativa en atención a las declaraciones dispares de los distintos testigos que declaran en la causa en cuanto al punto.

No obstante y previo al cotejo de tales dichos, la demandada no puede pasar por alto su manifiesto desinterés en facilitar la tarea investigativa de tal cuestión, cuando debería obrar en su favor constancias contables negativas de su registración contable impuesta por ley, exhibiendo sus libros ante el ofrecimiento de prueba pericial propuesto por la actora bajo apercibimiento del art.55 LCT, pese a ello a la negativa inicial se suma la falta de colaboración con el perito designado a recabar tales datos (ver fs. 198/198vta) lo que en modo alguno favorece su pretensión actual.

A no olvidar que tales aportes probatorios y la presunción negativa que de ellos deriva han quedado potenciadas con la sanción del nuevo CCyC, y en tal sentido se lee que el art. 52 de LCT obliga a los empleadores a «llevar un libro especial, registrado y rubricado en las mismas condiciones que se exigen para los libros principales de comercio» sin importar la cantidad de empleados que tenga bajo su dependencia y, como dice el Dr. Gabriel Tosto en la redacción del

comentario del artículo mencionado obrante en Ley de Contrato de Trabajo, «la norma general introduce aquí una obligación empresarial específica que consiste en llevar un libro que contenga toda la información relativa a los contratos de trabajo que celebre. Esta obligación alcanza a cualquier empleador [...] Es que la relevancia de la obligación patronal tiene dos aspectos bien diferenciados: por un lado, constituye el ámbito de contralor de la actividad administrativa; por el otro, es un elemento de prueba frente a un conflicto entre las partes de un contrato de trabajo». Que "Asimismo el art. 7 de la Ley 24.013 o «ley antievasión» impone al empleador la carga de inscribir al trabajador en el libro especial del art. 52 de la LCT o documentación laboral equivalente con más la afiliación del dependiente al Instituto Nacional de Previsión Social, a las cajas de subsidios familiares y a la obra social (estos requisitos son acumulativos)". Y que "El momento de la registración es al comienzo del período de prueba conforme lo establece imperativamente el art.92 bis de la LCT (Ley 25.877 del 2 de marzo de 2004), caso contrario o bien cuando esta no se condice con la realidad contractual (se inscribe parcial o tardíamente), se presume iure et de jure que el empleador ha renunciado a contar con el beneficio que le otorgaba dicho período. - En cuanto a la eficacia probatoria de los libros del empresario, esta está sujeta a apreciación judicial tal como lo determina el art. 53 de la LCT toda vez que: «Los jueces merituarán en función de las particulares circunstancias de cada caso los libros que carezcan de algunas de las formalidades prescriptas en el artículo

52 o que tengan algunos de los defectos allí consignados» por lo tanto, es el magistrado quien valorará conforme las reglas de la sana crítica, las presunciones legales a favor del trabajador y los principios del campo normativo (arts. 9, 12 ,14 y 23 de la LCT, entre otras) dando prioridad a lo que realmente acontece en los hechos, los efectos de la documentación contable «defectuosa» en el resultado del proceso.- En idéntico sentido, es el art. 55 de la LCT el que regula la falta de exhibición de los libros por parte del empleador disponiendo una presunción a favor del dependiente o de sus causahabientes -contenidos en la demanda-, «sobre las circunstancias que debían constar en tales asientos». Esta es una presunción iuris tantum que, si bien admite prueba en contrario a ser valorada por el magistrado actuante, tiene operatividad directa". Que "Tanto las presunciones de los arts. 52 al 54 de la LCT como la omisión prevista en el art. 55 del mismo cuerpo legal se encuentran condicionadas a la demostración de los hechos sobre los cuales se apoyan por cuanto los jueces deben resolver valorando los elementos de juicio existentes en la causa valiéndose de la hiposuficiencia del trabajador y los principios de justicia social teniendo en cuenta su carácter de sujeto de preferente tutela.

El art. 57 de la LCT también regula presunciones a favor del trabajador en cuanto se refiere al silencio por parte del empleador ante una intimación fehaciente.- La ley valora la actitud del empleador teniendo en cuenta el principio de buena fe- toda vez que este deberá contestar «en tiempo y forma oportunos» la intimación del trabajador so pena de activar la

presunción en su contra” (ver " El nuevo Código Civil y Comercial y su proyección sobre el orden laboral. Presunciones y pericial contable" por Chedrese, M. Virginia, de fecha 12-mar-2015, Cita: MJ-DOC-7106-AR | MJD7106).

Ya con la carga de un grave indicio en su contra la recurrente pone especial énfasis en el cotejo de la testimonial olvidando la incidencia del comportamiento anterior. Este último aspecto tiene especial relevancia en casos como el de autos y ha merecido destacadas reflexiones en cuanto a su incidencia en el desarrollo y resultado del cotejo de la prueba adquirida. Veamos. Siguiendo las enseñanzas de Couture, se puede decir que prueba en materia civil, es “un método jurídico de verificación de las proposiciones de las partes”, siendo su finalidad la de “formar en el espíritu del juez un estado de convencimiento acerca de la existencia e inexistencia de las circunstancias relativas al juicio” (ver “Fundamentos del Derecho Procesal Civil” ed. Depalma 1987 ps. 218 y 219). En este contexto, la prueba judicial no tendría por finalidad probar la verdad, sino formar la convicción del juez acerca de la “verdad” del hecho alegado (ver Kielmanovich, Teoría de la prueba y de los medios probatorios” ed. Abeledo Perrot 1996, pág. 50).

Ahora bien, para lograr la convicción del juez, la materia probatoria no se limita solo a acercar al proceso las fuentes y los medios de prueba, sino que dicha materia también se encuentra comprendida por lo que Carnelutti denomina “el argumento de la prueba”(“La prueba civil” ed. Depalma 1982, p. 195), entendiéndose por tal a “las razones por las cuales el juez obtiene

su convencimiento y saca la conclusión" (ver Devis Echandía, Hernando en Teoría general de la prueba judicial" ed. Zavalía 1981, t. 1, p. 273), a través de las especiales cualidades que derivan de las fuentes, bajo la estribera de la regla de la experiencia, para así estimar la existencia o inexistencia del hecho a probar (ver Carnelutti ob. cit.).

Por ello se entiende que el concepto de prueba judicial incluye las fuentes (personas o cosas), el medio (o vehiculo) mediante el cual se las introduce o incorpora al proceso, como también el "argumento" que de ellas se extrae y cuya eficacia se examinará en su totalidad y a través de las reglas de la "sana crítica".

Así, la conducta –en tanto comportamiento humano- vista en abstracto puede ser reputada como objeto de prueba (sobre todo la conducta anterior al juicio), mientras que la conducta en concreto, como hecho perceptible, puede erigirse como "fuente" de prueba, la que, como tal, debe infiltrarse en el proceso a través de los medios que brinda y reglamenta la ley-. Ocurrido este "proceso", será apreciado por el juzgador bajo la sana crítica.

Esto es, la conducta de las partes, luego de abierta la instancia, deja una huella, surco, rastro o marca a lo largo de todo el desarrollo del proceso, que puede ser percibido y aprehendido por el juez.

Según la moderna concepción del proceso civil ("Valoración Judicial de la Conducta Procesal" dirigido y coordinado Jorge W. Peyrano y Daniel Fernando Acosta, ed. Rubinzal Culzoni 2005, pág. 128 p. 2), son objeto de prueba los "hechos" o la inexistencia de ellos, y si concebimos a éstos como "todos aquellos sucesos o

acontecimientos externos o internos susceptibles de percepción o deducción" (Palacio, Lino en "Derecho Procesal Civil" Abeledo Perrot 1977, t. IV, p. 343), podemos concluir que el comportamiento de las partes, durante el curso de la instancia, se incrusta perfectamente dentro del dilatado concepto de hechos objeto de prueba, cuya aprehensión o apreciación la puede efectuar el propio magistrado. Traslademos tales conceptos a nuestro fuero y del modo que se potencian en razón del principio protectorio.

Es decir que la conducta desplegada por las partes durante el desarrollo del proceso es fuente de prueba indiciaria, es decir como hecho que prueba otro hecho.

De allí que se haya sostenido que la actitud que un litigante asuma en el proceso, la postura que defienda, o la argumentación de que se valga, puede suministrar indicios acerca de la sinceridad de su desempeño y de la seriedad de sus razones.

Se ha afirmado que la conducta tiene fuerza por si sola, aún ante la falta de prueba que la corrobore, para fundar un fallo (ver Kielmanovich en La conducta procesal de las partes como prueba en el proceso civil" LL 1985-B-1024).

Su aplicación, siempre prudente y razonable, puede resultar oficiosa por el juez o ser invocada por la parte en oportunidad de alegar sobre las pruebas producidas, dentro de las cuales estará incluida la "huella" que deja el comportamiento de parte (ver ("Valoración Judicial de la Conducta Procesal" dirigido y coordinado Jorge W. Peyrano y Daniel Fernando Acosta, ed. Rubinzal Culzoni 2005, pág. 140).

Ahora sí vuelvo sobre la cuestionada valoración de la prueba testimonial.

Advierto que recurrente y juez seleccionan los testigos que le resultan de interés a la solución del conflicto. Así, vale señalar que si bien la parte tendrá una activa participación en el ofrecimiento y control de la diligencia probatoria (arts. 32, 34 y 44 de la ley XIV N°1, y por remisión directa de ésta última norma a los arts. 433, 442, 446, 460 y concs. del CPr/DJ, quien realmente se encuentra facultado para valorar tales dichos seleccionando los que le resulten útiles a fin de confrontarlos con el resto de la prueba a los efectos de sus decisión final es el magistrado actuante tal como claramente lo señala el art. 390 CPr/DJ aplicable por la remisión a la que he hecho antes referencia).

En razón de lo expuesto doctrina y jurisprudencia recuerdan que, en lo que hace al error u omisión probatoria invocada debe precisarse que la elección de la prueba es facultad privativa del juzgador, quien puede seleccionar aquellas que estime relevantes y decidirse por una descartando otras, que considere inconducentes o inoperantes. Es suficiente a tal efecto que haga referencia expresa a las que han servido más decididamente a la conclusión, lo cual no supone ni permite afirmar que las otras no hayan sido computadas (Morello, Sosa y Berizonce, "Códigos Procesales...", Librería Editora Platense – Abeledo-Perrot, 1991, T. VA, págs. 255/256, y cita de fallos).

Que la comparación de los medios probatorios cuando confluyen- le permite al juez considerar sólo aquellos que sean esenciales y decisivos para la

solución de la causa, ya sea porque la prueba que aportan los otros no es pertinente, o porque es insuficiente y débil frente a otro medio de prueba o hecho determinado en el proceso. La selección se hará teniendo en cuenta la pretensión instaurada, las propuestas fácticas de actor y demandado y las consecuencias de aplicar los medios probatorios, según su valor relativo estático (Falcón, Enrique M., "Tratado de la prueba", Astrea, 2003, T. 1, par. 157, pág. 584).

Aplicando la norma legal se decidió que los jueces no están obligados a ponderar una por una y exhaustivamente todas las probanzas, pues basta que lo hagan respecto de las que estimen conducentes o decisivas para resolver el caso, pudiendo preferir algunas de las pruebas producidas a otras, y omitir toda referencia a las que estimaren inconducentes o no esenciales (Arazi, Roland, "La prueba en el proceso civil", Ediciones La Rocca, 1991, págs. 112/113).Nuestro mas Alto tribunal ha decidido que así como los jueces no están obligados a analizar todas y cada una e las argumentaciones de las partes, sino solo aquellas que sean conducentes y posean relevancia para decidir el caso(CS Fallos 258:304; 262:222; 265:301; 272:225, etc), tampoco es obligación del juzgador ponderar todas las pruebas agregadas, sino aquellas que resulten apropiadas para resolver el caso (CS Fallos 274:113; 280:3201; 144:611, entre muchos), por lo que deberá inclinarse por las que produzcan mayor convicción, en concordancia con los demás elementos de mérito de la causa.

Ahora bien, lo reprochable es la forma que luce en los considerandos el ejercicio de tal facultad ya que sin referir a otras pruebas corroborantes se limita a mencionar la elegida sin dar mayor explicación sobre la desestimada, olvidando que para muchos doctrinarios tal conducta resulta reprochable. En tal sentido se lee: “En conclusión, si bien los jueces naturales no se encuentran obligados al análisis y valoración de toda la prueba obrante en una causa, deben explicitar las razones por las cuales no lo hacen. De lo contrario, la parcialidad cuando se omiten pruebas conducentes para la solución del litigio -como sucede en autos-, viola la garantía del debido proceso y da lugar a la descalificación del fallo por vía de la doctrina de la sentencia arbitraria” (Cfr.: Varela, Casimiro A, “Valoración de la prueba”, pág. 52, Ed. Astrea, 2ª edición actualizada y ampliada).

No obstante y tal como reiteradamente lo ha decidido la SCBA en situaciones análogas “…debe señalarse que es facultad de los tribunales de las instancias ordinarias seleccionar el material probatorio, dando preeminencia a unas pruebas respecto de otras, y dicho ejercicio, por sí solo, no constituye un supuesto de absurdo. Es necesario demostrar que en dicha selección medió "un error grave y manifiesto", el que no se evidencia por la mera exposición de un criterio discordante (ver v. gr. Ac. 82.156, sent. del 10-XII2003; Ac. 84.791, sent. del 1-III-2004; Ac. 87.878, sent. del 2-III-2005; Ac. 90.783, sent. del 15III-2006; Ac. 93.244, sent. del 14-II-2007). Al no haberse formulado el reproche en tales términos, sino tan solo proponiendo corregir el presunto error de

valoración, conforme las facultades del art. 281 CPr/DJ, tras escuchar los testigos y confrontar sus dichos entiendo que los testigos a los que alude la recurrente M., Die y U. han visto trabajar en el sector limpieza y envase a distintas personas, sin coincidencia alguna y sin la menor continuidad, todo casual, pero nunca a la actora. Cabe aclarar que no existe coincidencia temporal relevante entre las fechas en que tomaron tal conocimiento y del presunto desarrollo de la relación laboral denunciado por la actora, al margen de la falta de memoria y precisión en muchas de las preguntas y aclaraciones que se les formularan.

Que aquellos aportes testimoniales para nada pueden considerarse contradictorios con los dichos de quienes si vieron prestar servicios para la demandada como lo son los de A. M. y G. H., máxime cuando tales declaraciones coincidentes no han sido impugnadas por la recurrente oportunamente lo que les otorga pleno valor probatorio. Por lo que debe receptarse positivamente la presunción del art. 23 LCT, sin que su oponente lograra probar lo contrario, máxime cuando toda duda en cuanto a tal prueba sucumbe por imperio del art. 9 LCT.

Consecuente con lo dicho debería caer el recurso y mantener firme lo decidido en el resolutorio, no obstante, no paso inadvertido, tras el tratamiento del punto anterior el fundamento aparente en cuanto al otorgamiento del agravante indemnizatorio previsto en la ley 24013 en la medida que se cumplimenten los requisitos del art. 11 del mismo texto legal. Tampoco se debe olvidar que la persistencia en la negativa de

la relación laboral en esta instancia es de tal amplitud aparente –ya existiría una suerte de consentimiento en cuanto al punto–, que autoriza la revisión de toda decisión descalificante por abusiva.

Por injustificada e indebida atención del Iudex a quo al modo de proponer, el accionante la indemnización agravada por la falta de registro de la accionante conforme obligación legal de la demandada, en su escrito inicial (fs. 15), con ligereza y sin adecuada fundamentación consagra una pretensión respecto de la cual el reclamante carecía de legitimación activa y omite otorgar la que encontraba en los hechos probados su fundamento jurídico.

Y es que, era deber del magistrado actuante advertir que la accionante dejó a su consideración la pretensión resarcitoria fundada en la procedencia de la aplicación de la sanción que prevé la ley 24013 o en su defecto la del art. 1 de la ley 25323. Esto es el Iudex a quo debió verificar, previo a decidir si aquél satisfizo los requisitos de hecho, ineludibles, intimación y plazo de espera requerido por el art. 11 de aquella y en caso contrario denegarlo y no omitir, como lo hizo, la consideración del reclamo optativo.

Ante tal circunstancia y la pobreza argumental que exhiben los agravios, obligan a confrontar principios a los efectos de encontrar la justa solución del caso.

En el recurso de apelación el Principio de Congruencia está señalado por el aforismo latino "tantum devolutum quantum appellatum". El CPr./DJ alude a este principio en el art. ... ùlt. parte. "se examinarán las cuestiones de hecho y de derecho

sometidas a la decisión del juez de primera instancia que hubiesen sido materia de agravios", por lo tanto, quedan también excluidas del conocimiento del tribunal de alzada aquellas cuestiones resueltas en primera instancia en contra del apelante que no fueron objeto de apelación y, por tal motivo, quedaron firmes.

En este aspecto, reiteradamente ha dicho la Corte Suprema que la jurisdicción de los tribunales de apelaciones está limitada por el alcance de los recursos concedidos que determinan el ámbito de su facultad decisoria y que la prescindencia de tal limitación infringe el principio de congruencia que se sustenta en los arts. 18 y 17 de la Constitución Nacional; y que corresponde revocar la decisión que se ha apartado del adagio "tantum devolutum quantum appellatum" al decidir más allá de su jurisdicción, vulnerando así garantías fundamentales (CSJN, 25-2-92, E.D. 148-464.; Id., 13-892, E.D. 149-635, con nota de BIDART CAMPOS, Germán J.) y en situaciones de máxima tensión con otros principios se ha resuelto que extremas tal línea se ha resuelto que " Más allá del acierto o error de lo decidido, la alzada no puede pronunciarse sobre cuestiones firmes porque ello afecta la garantía constitucional de defensa en juicio y el derecho de propiedad" (CCiv.Com., Azul, 193-96, L.L. Buenos Aires, 1996-358, y DJBA, 150-3245, fallo citado por GOZAÍNI, Osvaldo A.: “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación”, Buenos Aires, La Ley, tomo II, 2006, pág. 111).

No obstante, el respeto por el principio de congruencia obligan al tratamiento de cuestiones omitidas para no caer en arbitrariedad, así, tal

injustificada omisión provocaría en principio la tensión de aquellos con aquel que prohíbe la reformatio in peius.

Pero, como he adelantado, el actor no podía ignorar que su pretensión a la indemnización agravada prevista por la ley 24013, le era al menos de dudosa procedencia, de allí la opción que propone. El incumplimiento de los requerimientos del art. 11 eran notorios conforme la prueba que el suministra. En consecuencia iura novit curia, autoriza a señalar que correspondía su desestimación y considerar la opción.

Ningún inconveniente existe, dice Guasp, y legal y teóricamente se admite, que, con respecto a las normas de derecho, el juzgador pueda desempeñar un papel activo, es decir, utilizar como instrumento de su fallo, en cuanto motivación jurídica, preceptos que ninguna de las partes haya invocado o que hayan sido manejados errónea o defectuosamente por ellas: "iura novit curia"; "narra mihi factum dabo tibi ius".

Y en esta tarea de aplicar la norma que rige el caso, debe el juez calificar en la forma jurídica adecuada los hechos alegados y pretensiones deducidas por las partes, aunque ello difiera de la calificación realizada por ellas; es en este aspecto que el art. 163, inc. 6° del CPCCN dice que la sentencia debe decidir en forma expresa, positiva y precisa las pretensiones deducidas en el juicio "calificadas según correspondiere por ley...".

El tribunal, entonces, no está obligado a seguir a los litigantes en sus planteamientos jurídicos, pues los que son objeto de decisión son los petitorios, no las razones en que se pretende sustentarlos. O sea que

si bien las partes pueden presentar argumentaciones acerca de las normas legales que creen aplicables al caso, el juez no está vinculado por tales alegaciones, sino que tiene que aplicar la norma que rige el caso, aun cuando sea distinta de las invocadas por aquellas. Si el juez quedara atrapado en las normas que las partes sugieren como aplicables en el caso, ello significaría una limitación severa a la función jurisdiccional (ver "La sentencia de segunda instancia y el principio "iura novit curia" por Roberto G. Loutayf Ranea y Ernesto Solá publicado en la obra colectiva "Tratado de los Recursos. Libro en homenaje al Prof. Adolfo A. Rivas", ed. Rubinzal y Culzoni, 2013, tomo II, págs. 217 y ss.) Conforme a la regla iura novit curia, el juzgador tiene la facultad y el deber de discurrir los conflictos litigiosos y dirimirlos según el derecho vigente, calificando autónomamente la realidad fáctica y subsumiéndola en las normas que la rigen, con prescindencia de los fundamentos o argumentos jurídicos que enuncien las partes (CSJN, 7-5-98, Rep.E.D. 33-730, n° 38).

A las partes incumbe exponer el derecho en que fundan sus respectivas pretensiones, con el objeto de facilitar la calificación jurídica de la relación sustancial que se invoca: pero si esa calificación no fuera la adecuada, deberá hacerlo el magistrado con prescindencia de la normativa invocada por la parte (iura novit curia) (ver Loutayf Ranea, Roberto G.: "Principio Dispositivo", en Revista de Estudios Procesales, del centro de Estudios Procesales de Rosario, n° 12, año 1972).

Y es que si bien la relación procesal se halla integrada por los hechos aducidos por las partes en sus escritos de demanda y contestación, los jueces tienen el deber de discurrir los conflictos litigiosos y dirimirlos según el derecho vigente y aplicable a cada caso, con prescindencia de los fundamentos que enuncien las partes (CSJN, 30-8-67, ED. 20-390; ídem 25-2-92, ED. 148- 462, con nota de BIDART CAMPOS, Germán J.: "El principio de congruencia", E.D. 148-466).

Debe tenerse en cuenta que cada pretensión procesal se identifica por el hecho que la genera, y no por la acertada o errónea cita del precepto legal invocado en la demanda, ni por la designación con que la haya individualizado el demandante. El principio iura novit curia rige en todos los grados de la jurisdicción. Por lo tanto, para el dictado de la sentencia de segunda instancia, el tribunal de apelaciones, dentro de lo que ha sido materia de recurso, puede aplicar el principio en cuestión (ver v. gr. CNCiv., Sala E, 17-4-84, E.D. 110-161, con nota de MATERA, Marta del Rosario; ST Neuquén, 6- 6-84, ED. 114-354; “Los hechos en el recurso de apelación” por Roberto G. Loutayf Ranea, publicado en MORELLO, Augusto M., Director, “Los hechos en el Proceso Civil”, Bs. As., La Ley, 2003, pág. 185).

Tales son los fundamentos por los que corresponde dejar sin efecto la condena comprensiva de la sanción prevista en el art. 24013 ya que nunca quedo habilitado el requirente a sus efectos tal como se advierte tras el cotejo de la intimación de fs. 4 y la decisión resolutoria de la relación de fs. 9. Contrariamente y conforme lo autoriza el art. 281 CPr/DJ, analizo el

reclamo optativo que formulara en aquella oportunidad el recurrente.

Teniendo en cuenta tal requerimiento cabe señalar que la indemnización prevista en el art. 1 de la ley 25013 procede ante la inexistencia de registración o en caso de registración defectuosa cuando el vínculo laboral se extinguió y el trabajador no efectuó o no se cumplió el plazo previsto de la misma la intimación dispuesta en el art. 11 de la LNE –caso de autos-. Y es que, insisto, desde la vigencia de la ley 25323 (20/10/2000) resulta aplicable el art. 1 de la ley 25323 cuando se verifica una relación laboral no registrada o parcialmente registrada y el trabajador no intimó al empleador estando vigente el vínculo o también cuando intimó, pero el juez estableció que dicho emplazamiento no reunía los requisitos del art. 11 de la ley 24013. De allí que en este caso si se encontraba legitimado para formular tal pedimento y en consecuencia debiéndose reajustar el monto de la condena del modo que lo señala mi colega preopinante y por la suma total de $112.914,43 tal como lo permite establecer la prueba adquirida en autos con mas los intereses fijados en el fallo y que no fuera materia de controversia.

Pese a lo propuesto y a lo ordenado por el art. 282 CPR/DJ, al haberse establecido los honorarios de la instancia de grado en porcentuales no requieren adecuación y el resultado del pleito, pese al reajuste autorizan a cargar las costas de ambas instancias sobre la demandada. Los honorarios de la Alzada se difieren al momento del acuerdo.

A la segunda cuestión el Dr. Alexandre dijo:

Habiendo concordado con el voto del Dr. Nahuelanca reitero su formula decisoria.

Con lo que se dio por terminado el acto, quedando acordado dictar la siguiente **SENTENCIA**:

1) Rechazar parcialmente el recurso interpuesto por la parte demandada C. SRL., fundado a fs.222/225, contra la sentencia de fs.213/219, con los alcances de los puntos siguientes.

2) Revocar parcialmente la sentencia aludida de fs.213/219, punto 1 de la parte resolutiva, en cuanto al monto de condena, que se establece en la suma de $ 112.914,13 con los restantes alcances.

3) Confirmar la imposición de las costas y regulación de honorarios de primera instancia.

4) Imponer las costas de la Alzada a la parte demandada, y regular los honorarios de los Dres. C. D. M. y M. S. S., en 30%, y los conjuntos de los Dres. C. S. K. y F. L. L., en 28%, en todos los caso mas el I.V.A.
en caso de corresponder.

5) Regístrese, notifíquese y devuélvase.

La presente sentencia se dicta por dos vocales de Cámara en virtud de encontrarse vacante un cargo de juez de Cámara y concordar en la solución del caso (Ley V17-DJ, antes Ley 1130 y art. 274 CPCCCh, Ley XIII-5DJ, Anexo A).

**FERNANDO NAHUELANCA**
**Juez de Cámara**

**JULIO ANTONIO ALEXANDRE**
**Presidente**

**REGISTRADA BAJO EL N°  DEL AÑO 2020**

**DEL LIBRO DE SENTENCIAS DEFINITIVAS "L"**