En la ciudad de Puerto Madryn, a los días del mes de septiembre del año dos mil veintitrés, se reúne la Excma. Cámara de Apelaciones con la Presidencia del Dr. Guillermo Daniel HANSEN y la asistencia de los Sres. Jueces de Cámara Dr. Heraldo Enrique FIORDELISI y Dr. Julián Emil JALIL para celebrar acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **"A., C. M. C/ E. M. S. A. y Otros S/ Cobro de pesos e indem. de ley " (Expte. N° 175 - Año 2023)** venidos del Juzgado laboral Nº 1 (Expte. N° 204/21) en apelación. Los magistrados resolvieron plantear las siguientes cuestiones: **PRIMERA CUESTIÓN:** ¿Es justa la sentencia apelada?; **SEGUNDA CUESTIÓN:** ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar? y expedirse en el orden sorteado.

A LA PRIMERA CUESTIÓN, el Sr. Juez de Cámara Dr. Julián Emil JALIL dijo:

1.- Antecedentes del caso. En las presentes actuaciones en fecha 04/05/2023 se ha dictado sentencia definitiva, la que fue apelada el día 11/05/2023 por la parte demandada, recurso concedido por la jurisdicción en fecha 16/05/2023.

2.-La sentencia. En lo que interesa se dictó sentencia de primera instancia: "1) Haciendo lugar a la demanda y, en consecuencia, condenando a E. M. S.A. y solidariamente a A. S.A. a abonar a M. A., DNI N° X., previo los descuentos legales que correspondan, dentro del quinto día y mediante depósito judicial en autos la suma de PESOS UN MILLON TRESCIENTOS TREINTA MIL TRESCIENTOS VEINTE CON 00/100 ($1.330.320), con más los intereses determinados en el considerando V). Asimismo, dentro del plazo de diez (10) días de quedar firme la presente deberán las codemandadas hacer entrega del certificado de servicios y remuneraciones (art. 80 LCT) ajustado a la presente sentencia, bajo apercibimiento de aplicar astreintes por cada día corrido de demora. Costas a cargo de las codemandadas vencidas, a cuyos efectos fijo los honorarios correspondientes al Dr. A., por la representación y dirección letrada, en

forma conjunta, de la parte actora en el 19% a los Dres. G. y P. de R., por la representación y dirección letrada, en forma conjunta, de ambas codemandadas, en el 22,4%, todas los porcentajes sobre el monto de condena (capital más intereses) que en definitiva resulte en la etapa procesal correspondiente, con más el I.V.A. en caso de corresponder; entendiendo, respecto de los honorarios de los letrados de las codemandadas, que corresponden en partes iguales a la actuación en representación de cada uno de los litisconsortes; conforme las previsiones del art. 10 de la Ley XIII N° 4. Tengo en cuenta para así decidir lo normado por ley XIII Nro. 4 (arts. 5, 6, 7, 8, 10 y conc.), el mérito e importancia de la labor desarrollada, así como el monto del asunto".

3.-Los agravios de la parte demandada. La demandada comienza su expresión de agravios afirmando de manera preliminar: "Que, el quid de la cuestión en debate es si la licenciada en psicología C. M. Á. prestó servicios para la parte accionada en carácter de profesional independiente o si lo hizo en relación dependencia. En autos se demostró que su desempeño fue conforme las características propias de la profesión liberal que ejercía, y no como empleada dependiente. Que, en la sentencia - como sucede habitualmente en el fuero laboral, los magistrados observan las relaciones jurídicas de los particulares con el prisma enmarcado en la ley de Contrato de Trabajo – soslayando la existencia de otras formas de vincularse en el mundo real, donde la prestación de servicios de quienes ejercen oficios y profesiones no se hace dentro del paraguas de la legislación laboral. Del análisis de las características que conformaron la relación contractual entre las partes, no cabe concluir más que se trató de un contrato de prestación de servicios, el que prescribe el artículo 1251 del Código Civil y Comercial, esto es la prestación o provisión de un servicio mediante una retribución, donde la eficacia no es el objeto preciso o único del contrato".

Objeta la recurrente que en la fundamentación de la sentencia la jurisdicción revela que: "…resulta necesario indagar si existen factores indicativos de la existencia de una dependencia", articulando así su primera crítica, *v.gr.*: "He aquí el primer prejuicio que se observa ya que evidentemente se apuntaba a la búsqueda de "factores" que indicasen una dependencia y no la búsqueda equivalente, en aras de la ecuanimidad, de aquellas pruebas que demuestran la relación independiente".

Indica que, con base en lo expuesto, el pronunciamiento se hace fuerte en la *presunción* del art. 23 de la LCT colectando selectivamente las afirmaciones vertidas por los testigos.

Recalca que la presunción sentada por el art. 23 de la LCT puede ser desvirtuada por prueba en contrario y cita jurisprudencia.

Critica que la sentencia tiene por probada la *subordinación técnica* del hecho de que "…el Dr. W. les dijera al grupo de psicólogas que atendieran a todos los pacientes y que cada una fijara un horario para prestar sus servicios…".

Sostuvo que, a pesar de cumplir funciones en el seno de la demandada, *la actora no integraba la estructura empresarial*, lo cual sostiene que ya había sido referido en la contestación de demanda en donde explicó: "…la atención de los pacientes internados se hacía en el establecimiento por la dificultad de trasladarlos al consultorio de la Psicóloga, y en cuanto a los ambulatorios, se le facilitaba un espacio dentro de la Clínica para las escasas horas en que asistía para sus entrevistas profesionales. No se deduce por ello que hubiere existido la integración a que se refirió la sentencia. La actividad de la Licenciada Á. era tangencial a la Clínica tratándose de un servicio profesional externo".

En lo relativo a la *subordinación económica*, afirma que tanto una relación laboral, como cualquier prestación de servicios, motiva una contraprestación pecuniaria. En lo referido a tales contraprestaciones puntualiza: "No hay

motivo para desestimar que la retribución se establecía de común acuerdo o que lo determinaba la propia psicóloga. Los honorarios en vez de hacerse por pacientes individuales se pactaron por un número promedio de ellos, fijando el monto la propia Licenciada, lo que está totalmente alejado del concepto de remuneración en los regímenes de relación de dependencia […] El otorgamiento de facturas para cobrar los honorarios profesionales y el pago periódico no es indicativo de un vínculo laboral".

Pone de relieve que la sentencia no hizo mención a la existencia de *dependencia jurídica*, estimando que se probó que la actora disponía de sus horarios y momentos de "descansos o licencias motus propio", limitándose a "informar" a la demandada tales circunstancias. Concluye al respecto: "Es inconcebible que en una relación dependiente un empleado adopte tal comportamiento (el Art. 154 de la Ley 20744 hace referencia a la "época de otorgamiento", esto es como conducta del empleador y no una facultad del empleado, salvo la situación del art. 157)".

Tacha a las testigos F. y D., porque "ambas fueron despedidas por las demandadas y que por ello sus dichos deben ser evaluados con suma prudencia, ya que ante esos sucesos cierto rencor es normal que se conserve".

Destaca que los testigos W. y T. P. afirman que los horarios los establecía la propia Licenciada Á., mientras que la testigo D. que manifestó que A. concurría a prestar servicios todos los días de 9 a 13 horas, horario que dijo era fijado por la empresa, cuando "en la propia demanda se afirmó la actora hasta diciembre de 2017 tenía un horario de 10 a 12 horas".

Redondea su punto considerando que "después de casi seis años de prestación de servicios de salud independientes, "reflexionó" (en terminología de la Corte Suprema de Justicia de la Nación) acerca de la naturaleza jurídica de su relación con mi mandante, olvidando que siempre

tuvo una libertad total para establecer los turnos, los días de prestación, de su labor propiamente dicha. Tratándose de una profesional con educación, formación y cultura de nivel universitario, es inconcebible asumir que no tuviera la capacidad de entender, al vincularse y ejercer su profesión con los pacientes que le proveía la demandada, la diferencia entre ser empleado o ser prestador de servicios independiente. En el caso concreto su desempeño fue con todas las ventajas y comodidades de un prestador independiente, para cuando se legisló una duplicación de indemnizaciones seis años después de su primera sesión, considerar que era dependiente. Nunca estuvo sometida a las sujeciones técnicas, económicas y jurídicas de un contrato de trabajo, exclamados al finalizar el vínculo para percibir una enorme ganancia". Así tal *reflexión* relativa a su *vínculo con la parte empresaria*, luce para la apelante como tardía, no pudiendo sostenerse a la luz de la teoría de los *actos propios*, y que: "En síntesis, no existió una relación jurídica asimétrica, sino que sobre la base de la autonomía de la voluntad y la libertad de contratación las partes estuvieron unidas por un contrato de prestación de servicios del ámbito civil".

Con respecto a *las multas* considera que "la Magistrada de grado ignoró totalmente lo establecido en el artículo 2° de la ley 25.323 y en el artículo 16 de la ley 24.013".

Destaca que siendo que la misma sentencia pone de relieve la dificultad de determinar la existencia de relación laboral "no es razonable exigirles a las demandadas que ante una sorpresiva comunicación de la Licenciada A. alterando la relación existente, sin que hubiese sucedido ningún episodio conflictivo ni inmediatamente anterior o remoto a enero de 2020, debiera admitir per se la existencia de un vínculo laboral y abonarle indemnizaciones por una decisión unilateral de la Psicóloga", por lo cual peticiona: "revoque la condena a pagar las multas del artículo 2° de la ley 25323, y del artículo 15 de la ley 24013, reduciendo el artículo 8° de esta

última al mínimo legal allí previsto", ello así visto que "multas representan el 78% de la condena, un verdadero despojo al patrimonio del accionado", agregando además que "el legislador cuando dictó el DNU 34/19 tuvo en mira la emergencia ocupacional, y no lo relativo a los artículos 8° y 15° de la ley 24013, cuya acumulación lleva al dislate de obligar a pagar indemnizaciones cuadruplicadas".

4.-Suficiencia de los agravios. Los agravios vertidos por las apelantes, refieren a la parte del fallo que ponen en crisis, e indican los errores del judicante de grado que son considerados como causa eficiente de dichos agravios, por lo tanto, constituyen una crítica suficiente, concreta y razonada de la sentencia de grado, en los términos del art. 268 del CPCC lo que habilita su estudio.

5.-Metodología empleada para el tratamiento de las cuestiones. Es jurisprudencia arraigada de la CSJN que a los jueces no están obligados a tratar todos y cada uno de los argumentos de las partes, sino sólo aquellos que estimen pertinentes para la solución del caso, ni tampoco a ponderar todos los elementos y pruebas aportados al juicio, bastando sólo aquellos que consideren conducentes para fundar sus conclusiones. (Conf. CSJN, Fallos, t. 294, p. 466, t. 295, ps. 135, 356 y 362; t. 276, ps. 132 y 311; t. 280, p. 320 y t. 302, p. 1564 -Rep. LA LEY, t. XXXVIII, J-Z, p. 1182, sum. 20; p. 1183, sum. 21; p. 1182, sum. 20; Rev. LA LEY, t. 139, p. 764, fallo 24.057-S; t. 139, p. 617; t. 144, p. 611, fallo 27.641-S; Rep. LA LEY, t. XLII, J-Z, p. 2370, sum. 45-, entre otros; CNCiv., sala B, E. D., t. 59, p. 250 -Rep. LA LEY, t. XXXV, J-Z, p. 1670, sum. 141-; ídem, sala C, E. D., t. 59, p. 154 -Rev. LA LEY, t. 156, p. 850, fallo 31.874-S-; ídem, sala D, L. 272.208, del 2/9/82; ídem, sala E, E. D., t. 80, p. 272; ídem, sala F, L. 208.621, del 21/6/83. Asimismo: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala E, J., F. M., 16/02/1984, LA LEY 1984-C, 414,

AR/JUR/192/1984. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala F, Vieyra, Witcomb, Jorge R. c. Caisso, María M, 27/08/1982, AR/JUR/1829/1982; y jurisprudencia local: CACR, en autos: "V, J y otro c/ T. C. M. SA (M) s/ Sumarísimo", Expte. Nro. 556/15, entre otros).

Teniendo en cuenta el art. 7 de la Carta de Derechos de los Ciudadanos de la Provincia del Chubut ante la Justicia (Ley V - Nº 108), el presente acto jurisdiccional se redactará de la forma más clara y comprensible para sus destinatarios, intentando emplear una sintaxis y estructura sencilla, sin perjuicio del rigor técnico que sea necesario.

6.- El tratamiento de los agravios de la parte demandada.

6.1.- La relación laboral y la presunción del art. 23 de la LCT. La norma que determina la sustancia del planteo dispone: “Habrá contrato de trabajo, cualquiera sea su forma o denominación, siempre que una persona física se obligue a realizar actos, ejecutar obras o prestar servicios en favor de la otra y bajo la dependencia de ésta, durante un período determinado o indeterminado de tiempo, mediante el pago de una remuneración. Sus cláusulas, en cuanto a la forma y condiciones de la prestación, quedan sometidas a las disposiciones de orden público, los estatutos, las convenciones colectivas o los laudos con fuerza de tales y los usos y costumbres”.

La lógica del articulo ha sido entendida por la doctrina que ha elaborado la más calificada dogmática del derecho laboral, como una presunción de existencia de contrato de trabajo, la cual susceptible de ser desvirtuada por prueba en contrario, cuando se den las notas que tipifican el caso.

Ahora bien, la prestación de servicios, la realización de actos, la ejecución de obras, durante un periodo de tiempo y a cambio de una remuneración, son

hechos de carácter material, del tipo que pueden ser fácilmente perceptibles mediante los sentidos, constituyendo una de las bases de la presunción de existencia del contrato de trabajo.

La otra plataforma es la condición de que tales acciones se hagan "bajo la dependencia", lo cual resuena en un registro menos sustantivo, pues supone la cualificación de las acciones materiales antes descriptas, que pueden verificarse tanto estando bajo dependencia como no estándolo.

La presunción no puede importar la exigencia de que todas las notas que tipifican el caso, se encuentren absolutamente acreditadas, porque de estar acreditadas de manera plena e incontrastable, no sería necesario presumir nada.

La correcta interpretación del juego de presunciones, -del que la misma apelante se hace eco destacando que admiten prueba en contra-, exige considerar que la plataforma más fáctica y material de la descripción de la norma, esto es, la prestación de servicios la realización de actos, la ejecución de obras, durante un periodo de tiempo y a cambio de una remuneración, que es lo más fácilmente verificable por los sentidos-, es suficiente para hacer presumir la existencia de contrato de trabajo salvo que se demuestre lo contrario.

La prueba en contrario en consecuencia apuntará a desvirtuar la existencia de alguno de los hechos materiales o la corroborar que aun en presencia de los mismos, no cabe la posibilidad de considerar que se han obrado "bajo dependencia".

De lo expuesto, el agravio debe ser rechazado en tanto *prima facie*, pesa sobre la demandada aquí apelante desvirtuar la presunción y no a la inversa.

6.1.1.- Integración de la estructura empresarial de la demandada. Lugar donde se desempeñaba la parte actora. La relación de dependencia: subordinación técnica, económica y jerárquica, y valoración de la prueba.

La sentencia de manera correcta colecta de las testimoniales, le existencia de los extremos materiales que desencadenan la presunción.

Así la actora *prestaba servicios en la sede de la demandada* (testigo F. "cumplía funciones [la actora] como psicóloga en ambas instituciones"), y *lo hacía en días* (testigo S. los días martes y jueves") *y horarios determinados* (testigo D. "de 09,00 a 13,00 hs"), *atendiendo los pacientes que se le asignaban* (testigo W. "pacientes en internación (E. de M.) y consultorios externos (A.)"), a cambio de una contraprestación dineraria (testigo D. "la remuneración la manejaban entre la empresa y A.").

Los extremos materiales a partir de los cuales se dispara la presunción se encuentran corroborados y han sido objeto de reconocimiento por la sentencia.

Ha sido la demandada quien no ha acreditado cabalmente que en el caso no se encuentran presentes las notas distintivas de la "dependencia".

En este sentido, la sentencia destaca: "…la existencia dentro de la institución de directores médicos, *dan indicio de una cierta subordinación técnica*. Destaco en este sentido que dos de las personas que cumplieron tal ocupación prestaron declaración testimonial en los presentes autos, los Dres. F. y W. *Considero particularmente relevante el testimonio de este último*, por cuanto ha contado que *impuso como condicionamiento al grupo de psicólogas que atendieran a todos los pacientes por igual, así como también indicó que con su llegada logró corregir el hecho de que entraran poco a internación y también que las mismas fijaran un horario para prestar sus servicios*. A su vez, es el mismo testigo el que indica que *"les dio" la posibilidad a las psicólogas que eligieran a cuáles pacientes atender, siempre que se atendiera a todos por igual*" (el destacado en itálica me pertenece).

Remarco, asimismo, que la sentencia reseña de lo dicho por el testigo W. que "…al momento de empezar en la dirección médica, las psicólogas entraban

poco a internación, *situación que corrigió*" (el destacado en itálica me pertenece),

El *condicionar* y *corregir*, son hechos que únicamente se pueden operar dando indicaciones que comparten la naturaleza de propia de la *subordinación técnica* y de la *subordinación jerárquica*.

Destaco que la recurrente pretende dar vuelta la carga de la prueba indicando que la actora no ha probado la existencia de subordinación jerárquica y que la sentencia siquiera la abordó (a la *subordinación jerárquica* la recurrente la llama *subordinación jurídica*). Al respecto, cabe señalar que, muy por el contrario, del expediente surgen los extremos materiales que hacen presumir la contratación laboral y no la locación de servicios propia del derecho privado, todo lo cual es acompañado de las notas informantes de la calificación que en el art. 23 de la LCT consolidan la presunción, esto es la *dependencia*, manifiesta en la subordinación jerárquica y técnica, en matices atenuados dada la realidad de tratarse de una profesional universitaria.

Es la recurrente la que no ha logrado desvirtuar la presunción.

Con base en lo expuesto, el agravio será rechazado.

6.1.3.- Relevancia del temperamento adoptado por la actora a lo largo del vínculo. La recurrente articula una construcción verbal que no reviste los caracteres técnicos propio del agravio en sentido técnico, como fundamento de la vía recursiva.

En este sentido, postula de manera subjetiva y sin que ello suponga crítica concreta y razonada, con fundamento normativo y que ponga en crisis hechos subsumidos en la norma, que la actora "reflexionó" o "advirtió" luego de años, que estaba vinculada con la empresa bajo la forma de la relación de dependencia.

Sin negarle a la pieza del letrado de la recurrente destacada elegancia y estética singular, es menester poner de relieve que no pasa de ser una consideración subjetiva, tendiente a desacreditar de manera conjetural aquellas posiciones que no ha podido controvertir jurídicamente.

La sentencia determina la existencia de relación laboral y contrato de trabajo, lo cual exige de la parte trabajadora desempeñarse en las condiciones que el art. 23 de la LCT describe, sin que forme parte de sus obligaciones exigir *ab initio*, que sea explicitada la calidad "laboral" de la relación jurídica.

En este sentido, resulta lógico que la consabida "reflexión" tardía, pueda suponer una consideración válida a fin de excitar la aplicación de la teoría de los actos propios en aquellos casos en los que no se haya acreditado de manera incontrastable la relación de dependencia, lo cual no sucede en las presentes en donde la misma ha sido verificada a resultas de la prueba y reconocida por la sentencia.

Con base en lo expuesto, el agravio será rechazado.

6.2.- La aplicación de multas – Aplicación DNU 34/19 Ha destacado la apelante que la misma sentencia pone de relieve la dificultad de determinar la existencia de relación laboral, y que por ello "no es razonable exigirles a las demandadas que ante una sorpresiva comunicación de la Licenciada A. alterando la relación existente, sin que hubiese sucedido ningún episodio conflictivo ni inmediatamente anterior o remoto a enero de 2020, debiera admitir per se la existencia de un vínculo laboral y abonarle indemnizaciones por una decisión unilateral de la Psicóloga".

La complicado de discernir la naturaleza de la relación jurídica que la sentencia destaca, pretende exaltar la dificultad que experimenta un intérprete que no ha formado parte de manera endógena en la misma. El juez como tercero imparcial no forma parte de la estructura factual, observando

los hechos con prudencia dada la compleja opalescencia de ciertas realidades, que se niegan a revelar de buen grado su sentido.

Esto no quiere decir que la complejidad del intérprete suponga un *bill* de indemnidad para el principal que como es obvio, sí integró la relación jurídica analizada en calidad de parte y que no podía desconocer su calidad de principal en un contrato de trabajo frente al dependiente, para el caso, la licenciada A.

Respecto la aplicación del DNU N° 34/19, no se demuestra en autos que no corresponda su aplicación al caso, simplemente nos encontramos ante una simple oposición. Así las cosas, tengo presente la fecha de su dictado (13/12/2019) y la prórroga de su vigencia, como asimismo que resulta indubitable su aplicación a los supuestos de despido "indirecto".

Con base en lo apuntado, el agravio será rechazado.

7.- Conclusión. Corresponde, en consecuencia, rechazar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada y confirmar la sentencia apelada en cuanto ha sido materia de agravios.

8.- La imposición de costas en la alzada. La imposición de costas al vencido forma parte del principio objetivo de la derrota, siendo que este sólo puede dejarse de lado en caso de que se demuestren circunstancias objetivas especiales que justifiquen lo contrario (Ver, entre otros: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala F, Dunas y Mar S.A. c. Tejerina José y otro, 10/06/2010, Exclusivo Doctrina Judicial Online, AR/JUR/38811/ 2010. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala E, "Frigorífico La Colorada S.A. s/conc. prev. s/ inc. de verific. por: AFIP -DGI", 24/ 06/2010, AR/JUR/39782/2010; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala B, "Club ciudad de Buenos Aires asociación civil", 12/ 04/ 2010, La Ley

Online, AR/JUR/21510/2010; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala E, "Novoa, Nelly Alejandra y otro c. O.S.F.A. (Obra Social de la Fuerza Aérea) y otros", 19/04/2010, La Ley Online, AR/JUR/15518/2010), ello por cuanto, quien resulta vencido debe cargar con los gastos que debió realizar su contraria para obtener el reconocimiento de su derecho.

Bajo este criterio, y teniendo en cuenta el resultado al que se ha arribado luego del rechazo del recurso corresponde la imposición de costas a la demandada aquí recurrente vencida (Conf. art. 57 ley XIV N°1).

9.- La regulación de honorarios a los profesionales intervinientes en la Alzada. A los fines de la regulación de honorarios por los trabajos realizados en esta instancia se tendrá en cuenta la labor desarrollada, naturaleza del proceso, éxito obtenido en esta alzada y demás pautas orientadoras de la ley de aranceles para abogados. Al ser el presente un proceso susceptible de apreciación pecuniaria, dicha regulación se efectuará en porcentual (cfr. art. 46 Ley XIII N° 4).

Teniendo en cuenta el destino de los agravios planteados y las demás pautas orientadoras de la ley de aranceles para abogados, corresponde fijar los honorarios del letrado de la demandada recurrente, Abogado J. G. en el 25%, y los del letrado de la parte actora, Abogado F. A. A. en el 30%; en ambos casos sobre las cantidades fijadas en la Instancia anterior con más el IVA si correspondiere, siempre que el monto resultante supere el mínimo previsto en la Ley de Honorarios Profesionales, o en su defecto se aplicará éste último. (Conf. arts. 5, 7 y 13 de la Ley Arancelaria).

A la **PRIMERA CUESTION**, el Sr. Juez de Cámara Dr. Julián Emil JALIL vota por la **AFIRMATIVA**.

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

1 – Antecedentes – Sentencia y Agravios

Considero que han sido suficientemente reseñados por el colega preopinante los antecedentes del caso, lo resuelto en primera instancia y los agravios expresados por la parte demandada apelante, por lo que me remito a dicha síntesis en homenaje a la brevedad. En lo sustancial coincide mi opinión con la del ponente y para fundarla individualmente, según lo requiere la manda del art. 169 de la Constitución Provincial, basta formular las consideraciones que realizaré seguidamente.

2 – Cuestión previa

Con carácter previo al análisis de los agravios expresados contra la sentencia, atento las características del escrito que los contiene, recordaré liminarmente que, como desde antiguo lo viene sosteniendo la Corte Suprema de Justicia de la Nación y diversos tribunales inferiores, la omisión de tratamiento de cuestiones oportunamente sometidas a consideración del juez de la causa, no afecta por sí la garantía de la defensa en juicio porque los jueces no están obligados a meritar cada uno de los argumentos de las partes sino los que a su juicio sean decisivos para la correcta solución del caso. Asimismo, tampoco están constreñidos a seguirlas en la evaluación de todos y cada uno de los agravios expresados, sino a atender a aquellos que estimaren conducentes para resolver la cuestión debatida (conf. CSJN, 18/04/2006, *"Crousillat Cerreño, José F."*, DJ 01/11/2006, 646; ídem, 24/08/2006, *"Alarcón Marisel y Otros c/ Instituto Provincial de la Vivienda y Urbanismo del Neuquén"*, Fallos, 329:3373; ídem, 08/08/2002, *"Giardelli, Martín Alejando c/ Estado Nacional – Secretaría de Inteligencia del Estado"*, Fallos, 325:1922; ídem, 04/11/2003, *"Acuña, Liliana Soledad c/ Empresa Distribuidora del Sur S.A."*, Fallos, 326:4495; ídem, 04/11/1997, *Wiater, Carlos c/ Ministerio de Economía"*, DJ 1998-3, 376; entre muchos otros).

Frente a la exigencia impuesta por los arts. 268 del CPCC y 60 de la Ley XIV Nº 1, cuando se trata del contenido de la expresión de agravios, pesa sobre el apelante el deber de resaltar, punto por punto, los errores, las omisiones y demás deficiencias que le atribuye al fallo. No basta con disentir, sino que la crítica debe ser concreta, precisa, determinada, sin vaguedades. Además, tiene que ser razonada, lo que implica que debe estar fundamentada (conf. CNCiv., Sala "G", 24/04/2013, LLOnline: AR/JUR/10548/2013).

Ante todo, la ley habla de *"crítica"*. Al hacer una coordinación de las acepciones académicas y del sentido lógico jurídico referente al caso, *"crítica"* es el juicio impugnativo u opinión o conjunto de opiniones que se oponen a lo decidido y a sus considerandos. Luego, la ley la tipifica: *"concreta y razonada"*. Lo concreto se dirige a lo preciso, indicado, específico, determinado (debe decirse cuál es el agravio). Lo razonado incumbe a los fundamentos, las bases, las sustentaciones (debe exponerse por qué se configura el agravio) (conf. CNCiv., Sala "H", 04/12/2004, Lexis Nº 30011227).

Sin embargo, a la hora de decidir la declaración de deserción del recurso de apelación, la gravedad de las consecuencias que ello apareja impone una aplicación restrictiva. En caso de duda en cuanto a la suficiencia o insuficiencia de la expresión de agravios, debe estarse a la apertura de la instancia, apreciando con tolerancia las deficiencias, con el fin de no conculcar el derecho de defensa en juicio (conf. FENOCHIETTO – ARAZI, *"Código…"*, Ed. Astrea, 1983, T. I, pág. 840).

Tradicionalmente esta Alzada sostiene que aun cuando el escrito presentado bajo la denominación de tal no constituya la expresión de agravios en los términos de los arts. 268 del CPCC y 60 de la Ley XIV Nº 1, debe aplicarse al respecto el criterio amplio, en orden al respeto del principio constitucional de la defensa en juicio de los derechos y con la finalidad de brindar acabada satisfacción al recurrente, permitiendo la apreciación de las razones alegadas

para la modificación de la sentencia (conf. CNCiv., Sala "G", 03/08/1981, La Ley, 1983-B, 768; ídem, ídem, 10/02/1987, La Ley, 1987-B, 288; ídem, ídem, 24/04/2013, cit.).

Precisamente es por ello que no propiciaré la aplicación de la consecuencia que impone el art. 269 del aludido Código, ante una expresión de agravios como la presentada por la apelante demandada, que se ha limitado a suministrar y a repetir incesantemente manifestaciones abstractas, genéricas y contradichas por las constancias de autos, acerca de interpretaciones erróneas u omisiones atribuidas a la sentenciante y abundando en una reproducción reiterada de los mismos argumentos expuestos en la instancia originaria.

3 – <u>Tratamiento de los agravios</u>

3.1 – <u>Valoración de la prueba por el Juez – Valoración de la prueba testimonial – La existencia de la relación de dependencia</u> A-)

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 apelante –reseñadas precedentemente por el Dr. Jalil— 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", el magistrado 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, explicando los motivos. Ahora bien, que la recurrente no esté de acuerdo o no se encuentre satisfecha con esta decisión en virtud de que la conclusión fue la admisión 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 las 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 una sobre otras sin siquiera hacer mención de estas últimas, 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 porque 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.

B-) 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 declarantes en autos, 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. Tampoco podría afirmarse que el Sr. Juez actuante realizó un análisis sesgado y parcial de los hechos y de la prueba producida en autos. Y ello es así porque *"seleccionar los medios de prueba computables y atribuirles la jerarquía pertinente es, en principio, facultad privativa de los Tribunales del Trabajo"* (conf. SCBA, 05/06/79, LL Online: AR/JUR/88/1979) y porque el Juez *"…está autorizado a preferir unas pruebas sobre otras, sin que el criterio subjetivo de las partes pueda neutralizar esa atribución"* (conf. SCBA, 04/03/75, LL Online: AR/JUR/140/1975).

Ratificando lo aquí expuesto es que se ha sostenido que *"en el procedimiento laboral rige un sistema propio en la apreciación de la prueba…y las facultades que…se conceden a los tribunales del fuero no tienen más límites que la "conciencia" del juez, esto es, su prudencia jurídica. Va implícita entonces la facultad de seleccionar las pruebas y atribuirles la jerarquía que en cada caso corresponde sin que se encuentren obligados a referirse indispensablemente a todos los medios*

probatorios que se propongan a su consideración" (SCBA, 01/06/91, LL Online: AR/JUR/106/1991).

La crítica que intenta la agraviada es adecuadamente respondida en este punto. Sólo agregaré y remarcaré que *"es facultad privativa de los tribunales del trabajo apreciar tanto el mérito como la habilidad de los testigos"* (conf. SCBA, 12/04/89, LL Online: AR/JUR/1236/1989) y que *"en virtud del principio de inmediación los jueces laborales ejercen facultades privativas tanto respecto al mérito como a la habilidad de la prueba de testigos"* (conf. SCBA, 28/03/89, LL Online: AR/JUR/234/1989).

Es de advertir que no debe confundirse "admisibilidad" con "atendibilidad" del testigo. La circunstancia de que la prueba de testigos sea admisible no supone forzosamente que las declaraciones sean idóneas para demostrar el hecho controvertido conducente. La crítica de su credibilidad determina la atendibilidad que merece la narración (conf. Cám.Civ.Com.Trab.Minas.Catamarca, 2ª., 06/02/98, LLNOA 2000-580).

Son varios los factores que gravitan a la hora de determinar el grado de credibilidad que tienen los dichos de un testigo. En la apreciación de esta prueba lo relevante es el grado de credibilidad de los dichos, en orden a las circunstancias personales del testigo, razón de ser de su conocimiento, interés en el asunto y coherencia; requisitos que de no concurrir, total o parcialmente, autorizan a alegar acerca de la idoneidad del declarante (conf. QUADRI, G.H., *"La prueba en el proceso civil y comercial"*, T. II, pág. 1195).

De lo hasta aquí analizado surge que la valoración de la prueba testimonial realizada por la a quo no merece ningún reproche de mi parte.

En el desarrollo de la tarea tendiente a dar una adecuada respuesta a las quejas de la recurrente, debo decir –y anticipo mi opinión— que de la atenta lectura y análisis que he realizado de la sentencia apelada, no surge con nitidez y solidez la acreditación de la existencia de causales que conduzcan

a su revocación por esta Alzada en razón de la fundamentación recursiva de la demandada.

La prueba testimonial goza de plena eficacia cuando tiene una suficiente razón del dicho y aparece como verosímil.

Del análisis y valoración realizada, es inevitable concluir que puede considerarse a los testimonios producidos en autos como una prueba clara, relevante, conducente, terminante y precisa que nos permite tener por acreditada de modo claro e indudable la cuestión que aquí analizo.

C-) 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.

Es también evidente 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 del 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 otras 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. Jalil.

D-) Es sabido que el art. 21 LCT considera que habrá *"contrato de trabajo"* siempre que una persona física se obligue a realizar actos, ejecutar obras o prestar servicios a favor de la otra y bajo la dependencia de ésta, durante un período determinado o indeterminado de tiempo, mediante el pago de una remuneración. Ahora bien, la dependencia constituye una nota distintiva fundamental para tipificar el contrato de trabajo y distinguirlo de otros contratos. Ello es tan así que "contrato de trabajo" y "relación de dependencia" son tomadas como expresiones equivalentes.

La dependencia no está definida por la ley, por lo que dicha tarea ha quedado en manos de la doctrina y la jurisprudencia. Es así que se han fijado varias pautas o criterios para determinar la existencia de la relación de dependencia y, por ende, de un contrato de trabajo. La distinción tradicional marca tres tipos de dependencia o subordinación: a) la *jurídica* o dependencia *jurídica-personal*; b) la *económica* y c) la *técnica*.

La dependencia *jurídica* se manifiesta en la circunstancia de que el trabajador está sujeto al derecho de dirección del empleador (arts. 65 y 66 LCT) en cualquier momento, debe cumplir las órdenes o instrucciones que se le impartan (art. 86 LCT) y carece de autonomía al respecto; también se expresa en la potestad disciplinaria del empleador (art. 67 LCT). Otra característica de esta dependencia es la facultad que se concede al empleador (y que ejerce por sí o por medio de sus representantes) de sustituir, cuando lo creyera conveniente, su propia voluntad a la del trabajador (conf. KROTOSCHIN, "Tratado Práctico", T. I, pág. 103).

La dependencia *económica* se identifica con el "trabajo por cuenta ajena", es decir, el trabajador presta los servicios en beneficio o provecho de otro, quien asume los riesgos del negocio o de la empresa. Este tipo de dependencia está mencionado en la definición legal del art. 21, cuando se indica que los actos, obras o servicios que el trabajador ejecuta los hace "en favor de la otra" (persona).

Con respecto a la dependencia *técnica*, la misma se expresa en la existencia de que el trabajador se ajuste a los procedimientos y modalidades de ejecución de sus tareas indicados por el empleador, para la producción de los bienes o la prestación de servicios en que consiste la actividad de éste. Otra nota a destacar es que el trabajo dependiente se presta *por cuenta ajena*, lo que significa que el trabajador no asume los riesgos económicos de la empresa.

Teniendo presente las características esenciales del contrato de trabajo y de la relación de dependencia, corresponde analizar si de las pruebas que obran en autos emerge su existencia entre las partes.

No dejo de lado la norma del art. 23 de la LCT, y tengo en cuenta que la demandada ha reconocido la prestación de servicios por parte de la actora en su establecimiento.

Con relación a este punto y conforme dijera in re *"J. c/ P. M. T. C."* (sent. 14/02/2013, N° 01/13), soy partidario que debe establecerse un límite razonable para la aplicación de la presunción prevista en el artículo 23 de la LCT, la que muchos tribunales la aplican como si se tratara de un axioma, dogmatismo que incluso ha estimulado que a cualquier tipo de vínculo jurídico se le asigne naturaleza jurídica laboral *"iuris et de iure"*, cuando en rigor de verdad se trata de una presunción *"iuris tantum"* (conf. GARCIA, H.A., *"Presunción de relación de trabajo. La importancia de no desnaturalizarla"*, La Ley 2010-B, 14).

Como es sabido, las presunciones legales son reglas establecidas por la ley para dar por probado un hecho ante la prueba de otro hecho distinto. Es decir, se afirma la existencia de hechos desconocidos fundándose en los conocidos. La prueba de un hecho autoriza a suponer la existencia de otro, aunque este último no se encuentre probado. Las presunciones no son pruebas; constituyen consecuencias lógicas dadas por el legislador que se imponen al juzgador (conf. FALCON, E.M., *"Código"*, Abeledo Perrot, T. II,

pág. 146).

Tratándose de una presunción *"iuris tantum"* (aquella que admite prueba en contrario), la misma adquiere importancia sólo cuando está ausente la prueba del hecho (el hecho objeto de la presunción). Sólo habrá de recurrirse a la presunción cuando no es posible establecer (por ausencia de prueba) la existencia del hecho objeto de la presunción.

En el caso de la norma en análisis, la primera exégesis de la misma nos lleva rápidamente a concluir que, salvo prueba en contrario, corresponde suponer la existencia de un contrato de trabajo cuando ha sido probada la mera prestación de servicios. No obstante, un sector de la doctrina (Justo LOPEZ, Antonio VAZQUEZ VIALARD, Carlos ETALA) interpreta que el sustrato fáctico que se debe acreditar para que se presuma la existencia de un contrato de trabajo está constituido por la prestación de servicios en relación de dependencia. Sólo los servicios prestados en relación de dependencia autorizarían a presumir la existencia de un contrato de trabajo. Es la llamada tesis *restringida*, que interpreta que lo que genera la presunción legal es la prueba de los servicios prestados en relación de dependencia. Vázquez Vialard afirma que la prestación de servicios hace presumir la existencia de un contrato que obligaba a la citada prestación, pero que se presuma la existencia de un contrato no significa que pueda presumirse también la existencia de un contrato de trabajo; para ello se debe probar también su encuadre jurídico; esto es, si es dirigido o autónomo (conf. VAZQUEZ VIALARD, A., citado por Pablo Candal en *"Ley de Contrato de Trabajo Comendada"*, Vázquez Vialard Director, Rubinzal Culzoni, T. I, págs. 318/319).

Por su parte, Carlos Etala distingue la relación de trabajo del contrato de trabajo y sostiene que para presumir que existe contrato de trabajo debe acreditarse una relación de trabajo (ver ETALA, C.A., *"Ley de Contrato de Trabajo Comentada"*, Ed. Astrea, pág. 91; SALGADO, J.M., *"Presunción del*

art. 23 L.C.T.", DJ 2008-II, 31).

Se enrolan en la postura aquí esgrimida decisiones, entre otras, de la Sala I de la CNAT ("R. c/ L., C., F. y Asoc. Soc. Civil y Otros", 28/02/02, DT, Mayo de 2002; de la Sala IV de la misma Cámara ("G. c/ W. S.A." del 23/06/92); de la Sala II de la misma Cámara ("N. c/ Asoc. F."), La Ley Online AR/JUR/40124/2009. La SCBA ha resuelto, entre muchísimas otras, las causas L 79.831 "M. c/ I. SRL", del 29/12/03; L 73.653 "L. c/ E.", del 02/05/02; L 72.672 "D. c/ F." del 18/07/01 y L 66.918 "L. c/ H. T. SRL", del 13/4/99, en las que se dispuso que la mera ejecución de tareas por el accionante no autoriza a que se tenga por demostrada la existencia de una relación de linaje laboral respecto de la accionada, si no se acredita que tales tareas fueron prestadas en forma subordinada (conf. SALGADO, J.M., ob. cit.).

Lo hasta aquí expuesto me conduce a concluir que los testimonios producidos en autos –evaluados y valorados por la a quo-- han sido muy claros con respecto a la realización de trabajos o a la prestación de tareas por parte de la actora en el establecimiento de la demandada durante el período indicado por la misma en su demanda, lo cual tiene todas las características de servicios prestados en relación de dependencia. Ya ante esta situación y con la ausencia de prueba relevante en sentido contrario aportada por la parte demandada, encaja perfectamente o entra a jugar nítidamente la presunción que establece la norma del art. 23 LCT en favor de la reclamante.

E-) En el caso, considero que ha sido correcta la decisión de la a quo en el tema bajo análisis dado que la demandada reconoció que la accionante trabajó en su establecimiento esgrimiendo que no lo hizo bajo relación de dependencia. Por lo que, no habiendo acreditado la emplazada la calidad de empresario de la dependiente y ante la producción probatoria obrante en autos, debe presumirse conforme lo dispuesto por el art. 23 de la LCT, que la prestación materializada por la actora tiene su fuente en un contrato de

trabajo. Y a ello debe añadirse que las declaraciones testimoniales acreditaron la prestación de tareas por parte de la trabajadora 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 la actora no lo fueron en relación de dependencia. La prestación de los servicios, extremo acreditado por el propio reconocimiento de la accionada, con más la "Testimonial" y la "Documental", 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.

En definitiva, coincido con la judicante de grado en que la accionante integró los medios personales de los que se valió el 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.

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.

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

3.2 – La subordinación técnica, económica y jurídica

A-) También se dice en la queja que no ha existido subordinación técnica, económica, ni jurídica; que A. no recibía órdenes ni instrucciones de las demandadas; que no tenía horario; que nunca percibió haberes; que percibía honorarios; etc. Advierto que estas manifestaciones son una reiteración de lo ya expresado al contestar la demanda.

Ya he dicho que se dice en la queja que no existen indicios que permitan aplicar la presunción del art. 23 LCT y que no se ha acreditado un solo elemento que permita suponer la existencia de subordinación técnica, ni económica, ni jurídica. Independientemente de la reiteración de la postura, lo expuesto no deja de ser también una posición o pensamiento paralelo al que surge de la sentencia en crisis, lo importante es que ello tenga la capacidad de destruir las bases sobre las cuales se sustenta la decisión en crisis.

Se insiste en los agravios en la cuestión relacionada a que la actora no tenía "horario" y que tenía autonomía en ese aspecto.

Debo dejar sentado que el horario depende de la naturaleza de la tarea que se realiza y nada dice en principio acerca de la existencia de un contrato de trabajo aunque el cumplimiento de un horario fijo es obviamente la forma más frecuente de la prestación de servicios personales. De allí entonces que es opinión unánime de la jurisprudencia y la doctrina que **no es indicativo de una relación no laboral que no exista horario**. El cumplimiento de horario, la exigencia de cumplir una jornada entre determinadas horas es típico de la relación laboral, pero por sí sola no alcanza necesariamente a configurarla, así como **su ausencia no impide la calificación laboral del vínculo** (conf. FERNANDEZ MADRID, J.C. y D., *"Injurias, Indemnizaciones y Multas Laborales"*, pág. 97, Ed. La Ley).

Con respecto a la afirmación de que la actora no recibía instrucciones de nadie que le organizara sus jornadas de trabajo y labor a desarrollar, debo

decir que **ninguna relevancia tiene para la no existencia de una relación de dependencia el hecho de que exista libertad del dependiente para realizar sus tareas**. O sea, **aunque así hubiese sido realmente, ello no hace que la relación no pueda considerarse de dependencia**.

El hecho de que la empleadora diera pocas órdenes o ninguna a su dependiente no altera la obligación contractual de éste de obedecer lo que surge del contrato y de las características del trabajo; **la libertad que tenga el dependiente para realizar sus tareas, conforme a su competencia, no le quita la condición de subordinado**.

Las actividades desarrolladas por los trabajadores pueden ser dependientes, aunque no se acredite que el empleador diera órdenes directamente y se haya establecido, no obstante, la existencia del contrato por la relación de la actividad del trabajador con el fin de la empresa. Tratándose de profesionales universitarios, resulta difícil concebirlos sometidos a órdenes e indicaciones de carácter técnico, sobre todo en aquellas materias que, por su especialidad, constituyen el objeto del contrato, **pero ello no es índice de una relación no dependiente**. De ahí que cada vez con mayor frecuencia se advierte que se niega la relación de dependencia en los casos de médicos y/o psicólogos que trabajan en instituciones que prestan atención médica y/o psicológica y que se integran en las empresas que requieren sus servicios. El profesional sólo denuncia su condición cuando el contrato se extingue y **normalmente da facturas por sus servicios lo que nada dice acerca de su condición que dará origen a sus derechos indemnizatorios**.

Los ejemplos en los que se ve más claramente la existencia de un poder de dirección no ostensible son todos los casos en que por el carácter profesional de la prestación está ausente la nota de dependencia técnica, como en la hipótesis de los llamados **profesionales liberales en situación de dependencia**. Pero la inexistencia de ejercicio concreto del poder de dirección carece de importancia porque **la esencia del poder de dirección**

no estriba en la dirección real, sino en la posibilidad jurídica de mando, aunque el empleador no la ejerza efectivamente (conf. FERNANDEZ MADRID, J.C. y D., ob. cit., págs. 92,93, 99).

B-) Por otra parte, el hecho de alegar que entre la actora y la empresa demandada existió un contrato de "prestación de servicios" en nada mejora la posición de las accionadas, pues habiéndose acreditado la prestación de tareas realizadas por una persona física dentro de una organización empresaria, incorporándose a ella, torna operable la norma del art. 23 de la L.C.T., presunción que permite encuadrar los servicios prestados bajo la órbita protectoria del derecho del trabajo, toda vez que en el contrato de trabajo impera el principio de la realidad, sobre todo teniendo en cuenta que el art. 14 de aquella normativa rechaza todo tipo de fraude tomándose en cuenta lo realmente obrado y no lo pactado o estipulado (conf. CTrab.Resistencia, Sala II, 10/06/2010, *"Navarro, T.T. c/ Muresco S.A."*, LLOnline AR/JUR/31299/2010). Es que constituye una obligación para los jueces del trabajo acudir a la pauta de interpretación de los hechos del proceso prevista en el art. 14 de la LCT, en el sentido de que la apariencia de normas contractuales no laborales no puede impedir la aplicación del principio protectorio cuando se verifique que bajo ellas subyace en verdad una relación de trabajo de tiempo indeterminado (conf. C4a.Trab. y Minas Sgo. del Estero, 20/08/09, LLNOA, 2010 (febrero), 72, LLOnline).

C-) Otra razón que invoca la queja en apoyo de su postura es el transcurso del tiempo durante el cual la actora guardó silencio sobre su supuesta condición de empleada y siempre emitió facturas. Esto tampoco cambia la situación en favor de la demandada. **El transcurso del tiempo y el silencio de la actora no pueden desvirtuar nunca la primacía de la realidad que ha jugado en este caso en favor de la reclamante**.

Además, no hay duda que correspondía tener por configurado el supuesto fáctico al que alude el art. 23 de la LCT, toda vez que la actora invocó haber

prestado servicios en relación de dependencia para la accionada desempeñando tareas como Psicóloga y la demandada, si bien no le atribuyó carácter laboral a dicho vínculo, en definitiva, admitió la existencia de la prestación de servicios. Al haber sido reconocida la prestación de los servicios de la actora por parte de la accionada, resulta operativa la presunción prevista en el art. 23 de la LCT, y en consecuencia, cabe admitir la existencia de la relación laboral denunciada por la reclamante, ya que para desvirtuarla recaía sobre la demandada la carga de demostrar que los servicios que prestó la actora, no obedecían a una prestación de carácter laboral sino en los términos que su parte afirmó en su responde, y no lo hizo.
Por otra parte, **la denominación que las partes le otorguen a la suma que se abona como contraprestación de la tarea no resulta determinante ni dirimente de la calificación del vínculo**, puesto que aun cuando se abonaba contra entrega de facturas y se denominaba *"honorarios"* al pago efectuado, no puede perderse de vista que obedecía a un pago por un servicio personal, que era prestado por la demandante y tenía la periodicidad mensual que se correspondía con el desarrollo de tareas llevadas a cabo durante el curso del mes (conf. CNTrab., Sala IX, 26/03/2014, MJ-JU-M-86084-AR).
Sin perjuicio de lo hasta aquí expuesto, debo decir que la sentencia ha sido clara también en este punto y dio oportuna respuesta al planteo hecho en la contestación de la demanda, al decir: *"…en cuanto a la dependencia económica, rasgo típico de una relación laboral, tengo por acreditada la misma a mérito de las facturas electrónicas acompañadas por la actora en su libelo inicial, las cuales no fueron desconocidas por la codemandada E. M. Dichas facturas dan cuenta de una retribución fija, mensual y correlativa por parte de la coaccionada a la actora. Esto, sumado a los testimonios de P., G. y D., quienes en mayor o menor medida han señalado que la actora percibía sus honorarios de esa manera, y que los mismos eran fijados por la demandada…"*. Esta conclusión de la a quo no ha merecido un ataque sólido y fundado por parte de la demandada en sus agravios.

En atención a que no surgen de la fundamentación de la recurrente elementos contundentes y suficientes que logren convencer sobre que la decisión final del tema bajo análisis debió ser distinto a lo sentenciado por la a quo, procede rechazar la queja en este capítulo.

Observación:

Lo expuesto precedentemente sobre la "relación de dependencia" (Punto "3.1") y el contenido del Punto "3.2", es coincidente con lo sentenciado por esta Alzada en los autos: *"B., S.B. c/ C. de P. E. V. s/ Cobro de Pesos"*, sent. 01/06/2017, Reg. N° 46/17 SDL; *"M., J.D. c/ D., V.M. s/ Cobro de Pesos"*, sent. 26/11/2020, Reg. N° 53/20 SDL; *"L., P.L. c/ A. s/ Cobro de Pesos"*, sent. 09/03/2017, Reg. N° 17/17 SDL; entre otros.

3.3 – El silencio guardado por la actora y su cambio de actitud posterior

La recurrente pretende hacer jugar en su favor el hecho de un supuesto cambio en la conducta de la accionante, quien durante mucho tiempo no hizo ningún reclamo de índole laboral hacia su empleadora y luego intimó diversos cumplimientos considerándose dependiente. Dentro de este punto pretende hacer jugar en su favor la doctrina de los actos propios. Tampoco aquí le asiste la razón.

Es que resulta irrelevante que la trabajadora no hubiera cuestionado los incumplimientos cometidos por la empleadora, puesto que su silencio no puede ser valorado como renuncia a derechos conferidos por la ley en el marco del contrato celebrado por las partes y se encuentra facultada para reclamar los rubros a los que se considera asistida de derecho (conf. CNTrab., Sala III, 27/10/99, DT, 2000-B-1427).

Insisto en que no tiene relevancia esgrimir que existió silencio por parte de la dependiente durante toda la relación laboral con respecto a los puntos que luego reclamó. Es evidente que lo que plantea la recurrente es --en

realidad— la existencia de un supuesto de "renuncia" de derechos por parte de A. en lo que hace al tema en debate. Reitero: no le asiste la razón.

Dentro de los medios técnicos que deben emplearse para lograr la protección de los derechos del trabajador, tenemos a **la irrenunciabilidad de los derechos**, que cumple una función sumamente importante. El principio de irrenunciabilidad constituye uno de los instrumentos destinados a evitar que el trabajador, forzado por una situación social y económicamente desventajosa frente a su empleador, acepte estipulaciones que impliquen renuncias y, para ello, excluye la validez de toda convención de parte que suprima o reduzca los derechos previstos en las normas legales, estatutos profesionales o convenciones colectivas. En sentido amplio, se ha definido doctrinariamente la irrenunciabilidad como **la imposibilidad jurídica del trabajador de privarse voluntariamente de una o más ventajas concedidas por el derecho del trabajo en su beneficio** (conf. GRISOLIA, J.A., *"En el Derecho Laboral"*, La Ley 2015-F, 910).

El principio de irrenunciabilidad está contemplado no sólo en el art. 12 (modificado por la ley 26.574), sino también en los arts. 7, 13, 15, 58 y 260 LCT.

Contrariamente a lo dispuesto en el art. 57 LCT, con relación al empleador, **el silencio del trabajador en ningún caso puede generar una presunción en su contra**. Si bien el Código Civil establecía en el art. 919 y el CCyCN lo hace en el art. 263, que el silencio frente a una intimación no significa conformidad ni asentimiento, salvo que medie obligación de responder, **en el derecho del trabajo si el trabajador guarda silencio no puede entenderse que ha consentido determinada situación**. El art. 58 LCT dispone que *"no se admitirán presunciones en contra del trabajador ni derivadas de la ley ni de las convenciones colectivas de trabajo, que conduzcan a sostener la renuncia al empleo o a cualquier otro derecho, sea que las mismas deriven de su silencio o de cualquier otro modo que no implique una forma de comportamiento inequívoco en aquel*

sentido". Es decir que excluye en forma absoluta la posibilidad de que por cualquier tipo de presunción (*iuris et de iure, iuris tantum* o, aun, *hominis*) se llegue a sostener la renuncia a cualquier derecho. Constituye una excepción el consentimiento tácito del trabajador que surge de su comportamiento inequívoco (que no admita dudas) y que lleve a interpretar que efectivamente prestó su libre conformidad (conf. GRISOLIA, J.A., ob. cit.; destacado propio).

La interpretación de los arts. 12, 58, 145 y 240 LCT, permite concluir que la validez de toda renuncia del dependiente a cualquier derecho que le corresponda requiere que ella surja del comportamiento inequívoco del trabajador, no bastando para ello su silencio ni cualquier otra actitud o manifestación que no configure el comportamiento mencionado. **La clara directriz fijada por el art. 58 LCT, impide que se valore como presunción, en contra de los reclamos judicialmente efectuados por el trabajador, la ausencia de reclamos oportunos durante la vigencia del vínculo** (conf. GRISOLIA, J.A., ob. cit.) (conf. esta Cámara en autos *"R. B., R.A. c/ A. E. T. SRL s/ Cobro de Pesos"*, sent. 08/09/2020, Reg. N° 40/20 SDL y *"F., P.L. c/ W., R.O. s/ Pago por Consignación"*, set. 04/02/2021, Reg. N° 06/21 SDL; entre otros).

En consideración a lo hasta aquí expuesto y fundamentado, la queja resulta inatendible.

3.4 – <u>Eximición o morigeración de la multa del Art. 2 Ley 25.323 – Arts. 8 y 15 Ley 24.013 y aplicación del DNU N° 34/19</u>

Se agravia la recurrente porque la sentencia le ha aplicado la multa establecida por el art. 2 de la Ley 25.323. Considera que es procedente eximirla de dicho pago o morigerar el monto a pagar, conforme lo autoriza la misma disposición.

No le asiste razón a la quejosa. Y no le asiste porque se ha demostrado de conformidad con los postulados de la sentencia y lo desarrollado en la presente, que el despido indirecto dispuesto por la actora resultó ajustado a derecho en atención a la gravedad de la injuria concretada por la conducta de la demandada.

La Ley 25.323 agrava en un 50% las indemnizaciones por despido cuando no se las abonare al distracto, obligando al trabajador afectado a iniciar acciones judiciales o cualquier instancia previa de carácter obligatorio para percibirlas.

La norma prevé que, si hubieran existido causas que justificaren la conducta del empleador, los jueces mediante resolución fundada, podrán reducir prudencialmente el incremento indemnizatorio hasta la eximición de su cargo.

El artículo en tratamiento no es aplicable exclusivamente a los despidos sin causa, puesto que no cabe distinguir allí donde la ley no distingue, de lo contrario bastaría que el empleador invocara cualquier motivo para tornar ineficaz la normativa legal. Para más, en el caso ha quedado acreditado que la accionante intimó fehacientemente el pago de las indemnizaciones que corresponden por despido injustificado, las que –obviamente— no fueron abonadas (conf. CNTrab., Sala VIII, 28/02/03, Sent. 31.089, *"Rivero O. c/ La Fármaco Argentina ICSA s/ Despido"*).

Por supuesto que no encuentro motivo justificado para hacer aplicación de la reducción prudencial y/o de eximición de esta multa a la demandada, atento su reprochable proceder tanto en la etapa extrajudicial como durante el presente proceso. Por otra parte, ninguna causal de justificación para que ello sea procedente ha demostrado la apelante.

Lo hasta aquí expuesto debe considerarse también aplicable a la imposición de las multas pretendidas con base en los arts. 8 y 15 de la Ley 24.013 que fueron admitidas por la a quo en favor de la reclamante.

En lo que hace a la aplicación al caso del DNU N° 34/19, la demandada no demuestra con nitidez y de manera sólida, que no corresponda su aplicación al caso. Simplemente se opone y afirma que el mismo no es aplicable en este supuesto, sin un fundamento serio que avale su postura.

De allí la inconsistencia de su queja en este punto.

Este DNU fue dictado el día 13 de Diciembre de 2019 y oportunamente prorrogado en su vigencia. Es sabido también, que corresponde su aplicación en los casos de despido "indirecto".

Por lo expuesto, propongo al Acuerdo rechazar este agravio.

4 – <u>Conclusión</u>

Considerando que los agravios constituyen el alcance y medida del recurso concedido a la apelante y que los que aquí ha expuesto no logran ninguna modificación en la sentencia recurrida, cabe concluir que debe ser confirmada la misma en lo que ha sido materia de quejas.

5 – <u>Costas de la Alzada</u>

Las costas de la Alzada se imponen a la recurrente que resulta vencida en el recurso que le fuera concedido (art. 69 CPCC), resultando procedente regular los honorarios de su letrado apoderado, Dr. J. G. y los del letrado de la parte actora, Dr. F. A. A., en los porcentajes propuestos en el voto precedente por mi distinguido colega el Dr. Julián E. Jalil, en razón de resultar los mismos procedentes conforme lo normado por la Ley Arancelaria.

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

A LA SEGUNDA CUESTION, el Sr. Juez de Cámara Dr. Julián Emil JALIL, dijo:

En base a los argumentos expuestos considero que pronunciamiento que corresponde dictar es el siguiente:

1. **RECHAZAR** el recurso de apelación incoado por la demandada y **CONFIRMAR** el decisorio en todos sus términos;
2. **IMPONER LAS COSTAS** a la parte demandada aquí apelante en su carácter de vencida (art. 69 del CPCC);
3. **REGULAR HONORARIOS** al letrado de la demandada recurrente, Abogado J. G. en el 25%, y los del letrado de la parte actora, Abogado F. A. A. en el 30%; en ambos casos sobre las cantidades fijadas en la Instancia anterior con más el IVA si correspondiere, siempre que el monto resultante supere el mínimo previsto en la Ley de Honorarios Profesionales, o en su defecto se aplicará éste último. (Conf. arts. 5, 7 y 13 de la Ley Arancelaria).
4. **REGISTRESE,** 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. Julián Emil Jalil, 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 el Dr. Guillermo D. HANSEN 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 septiembre de 2023.

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. **RECHAZAR** el recurso de apelación incoado por la demandada y **CONFIRMAR** el decisorio en todos sus términos;

2. **IMPONER LAS COSTAS** a la parte demandada aquí apelante en su carácter de vencida (art. 69 del CPCC);

3. **REGULAR HONORARIOS** al letrado de la demandada recurrente, Abogado J. G. en el 25%, y los del letrado de la parte actora, Abogado F. A. A. en el 30%; en ambos casos sobre las cantidades fijadas en la Instancia anterior con más el IVA si correspondiere, siempre que el monto resultante supere el mínimo previsto en la Ley de Honorarios Profesionales, o en su defecto se aplicará éste último. (Conf. arts. 5, 7 y 13 de la Ley Arancelaria).

4. **REGISTRESE,** notifíquese y devuélvase.

REGISTRADA BAJO EL N° /23 SDL.