000022/2009

--- En la ciudad de Trelew, a los días de febrero del año dos mil nueve, se reúne la Sala “A” de la Cámara de Apelaciones, con la Presidencia del Dr. Carlos Dante Ferrari y presencia de los Sres. Jueces del Cuerpo Dres. Carlos A. Velázquez y Marcelo J. López Mesa, para celebrar acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados **“H., W. D. c/ B., V. y A., E. y B., E. y/o quien resulte resp. de las rotiserías “E. P.” y “C. d. C.” s/ Cob. de hab. e indem. de ley” (Expte. 22 – Año 2009)** venidos en apelación. Los Sres. Magistrados resolvieron plantear las siguientes cuestiones: PRIMERA: ¿Se ajusta a derecho la sentencia apelada?, y SEGUNDA: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar? y expedirse en orden al sorteo practicado a fs. 132.---------- **A LA PRIMERA CUESTION** el Dr. Velázquez expresó:---------- I.- La sentencia de primera instancia, que hizo lugar a la demanda de indemnizaciones derivadas del despido -incluso el recargo resarcitorio previsto en el art. 15 de la ley 24.013-, ha sido apelada por la empleadora, quien fundó su recurso a fs. 128/vta.----------

----Se agravió en esa pieza la impugnante de que el “a quo” considerara demostrada la existencia entre las partes de la relación laboral que de su lado desconociera, cuando un correcto análisis de la confesional de su parte y de los testimonios rendidos acredita lo contrario. Expuso que si bien al absolver posiciones ella reconoció que el actor percibía una suma de dinero diaria, ello lo era en función de los repartos de comidas que realizaba para el comercio, en una moto de su propiedad y con los gastos a su cargo; el testigo S., que también realizaba repartos en la misma época, declaró que él era monotributista; el testigo L., que llevó a cabo igual faena durante el año 2004, igualmente repartía en su propio vehículo; el contador del comercio expuso que las personas encargadas de los repartos eran monotributistas; y el informe de un comercio similar reveló que a quienes llevan a cabo el servicio de “delibery” se les abona por viaje.----------

----En subsidio, la recurrente atacó la condena a pagar el agravamiento indemnizatorio del art. 15 de la ley 24.013, en razón de no haberse intimado efectuado la intimación vigente la relación laboral, cual lo dispone el art. 3 del decreto reglamentario de dicha ley.----------

----II.- Reconocida en autos la prestación de servicios del actor por la demandada, mas invocando ésta que dichos servicios tuvieron por causa una relación de naturaleza no laboral, tocaba a ella el probar ese diverso carácter del vínculo (arts. 377 C.P.C.C. y 23 L.C.T.). No lo logró en mi concepto.----------

----Por cierto que la demandada afirmó por cuatro veces al absolver posiciones que el actor trabajaba por su cuenta (fs. 42, resps. a las pos. 2da. y 12da. a 14ta.), mas esas expresiones no constituyen probanzas de manera alguna, en tanto, cual en numerosos casos pusiéramos de resalto, las aclaraciones vertidas por el absolvente contrarias al

hecho puesto por el ponente son meras afirmaciones en beneficio propio, desprovistas por ende de “animus conffidendi”, y que, como alegaciones que son, sólo pueden tenerse por ciertas si reciben sustento probatorio (doc. de los arts. 413 párr. 1° y 424 inc. 1° C.P.C.C.; este cuerpo, c. 20.388 S.D.L. 29/05, c. 22.521 S.D.L. 11/08, c. 22.805 S.D.L. 70/08, entre otras varias), lo que en la especie no aconteció.----------

----En cuanto a los testigos que se desempeñaron en la misma época y tareas del actor, dieron cuenta que todos ellos cumplían horarios y recibían órdenes y directivas de los dueños y administradores del comercio (fs. 60, resp. a la preg. 5ta.; fs. 62, resps. a las pregs. 5ta. y 6ta.). Se percibe una notable diferencia en el modo de relacionarse de ambos testigos con la empresa: mientras M. S. expuso que él era monotributista y no pertenecía a la empresa (fs. 60, resp. a la repreg. 3era.), M. A. L. manifestó que él era repartidor del comercio y no trabajador independiente (fs. 62, resp. a la repreg. 4ta.). De su lado, L. O. P. comunicó que el personal dedicado al reparto utilizaban sus propios vehículos, cobraban por servicios realizados y “en general son monotributistas” (fs. 61, resps. a las pregs. 3era. y 4ta.).----------

----Ninguna de esas probanzas demuestra fehacientemente que el vínculo del actor no fuera de naturaleza laboral. Las referidas declaraciones de los testigos M. S. y M. A. L. muestran que la demandada ocupaba para la tarea de marras tanto personal independiente como dependiente. Lo propio ocurre con los dichos de L. O. P., quien, lo reitero, indicó que los repartidores eran monotributistas “en general”, dejando ello en claro que esa regla no carecía de excepción en la que bien pudo quedar incluido el demandante.----------

----Y no es distinta la fuerza de convicción del informe de fs. 99. En efecto, que el comercio informante abone a sus repartidores por viaje realizado no autoriza a concluir que ellos no sean empleados suyos, toda vez que tal modalidad remunerativa bien puede encuadrarse dentro de las múltiples formas previstas en el art. 104 L.C.T. Añádase a ello que la estructura que una empresa adopte para sí no tiene porqué ser idéntica a la de otra.----------

----Lo que en la especie quedó bien definido es que el actor prestaba servicios para la demandada, quien le impartía directivas, le imponía horarios y le pagaba por día, todo lo cual concuerda con los caracteres típicos del contrato de trabajo. Lo que define al sujeto trabajador es su condición de medio personal de una organización empresaria ajena (arts. 4, 5, y 37 ley cit.). En caso de duda es menester atender a dónde se halla la organización empresaria, quién corre con los riesgos de la explotación y obtiene originariamente los frutos de la actividad y cuál es el rol que el reclamante desempeña en el proceso productivo, con el añadido que la prestación de servicios torna presumible “iuris tantum” que la obligación de prestarlos tiene por fuente un contrato laboral (art. 23 ídem: confr.: C.N. Trab., Sala VI, T. y S.S. 1987-917). En el subexamen, la ubicación de la organización empresaria en el local habilitado a nombre de la demandada, la calidad de dueña de ésta, que cobraba a sus clientes las mercaderías vendidas y pagaba luego

al repartidor, y el papel desempeñado por el actor, simple repartidor que entregaba en el domicilio de los adquirentes las comidas elaboradas en el establecimiento, convencen de la naturaleza laboral de la relación, porque ninguna circunstancia permite calificar de empresario a quien prestaba el servicio, ni siquiera el hecho que para la labor utilizara una motocicleta propia.----------

----Frente al trabajo personal y permanente al servicio de una empresa, integrando el ciclo productivo de ella, es presumible la existencia del contrato laboral (arts. 4, 21 a 23, 25 y concs. L.C.T.), sin que modifique la situación el hecho de que el actor empleara un vehículo propio, ni que éste tuviera a su cargo los gastos de dicho rodado, ya que si bien ello habría atenuado la dependencia económica, no excluye en definitiva la subordinación jurídico-personal, máxime cuando no se ha acreditado que el demandante fuera un empresario autónomo que contase con organización e iniciativa propias (confr.: C.N. Trab., Sala I, D.T. 1989-A-51).----------

----Tampoco es relevante el carácter de monotributista en que insiste la demandada, pues la calidad de pequeño contribuyente no es incompatible con el desarrollo de actividades en relación de dependencia (art. 17, párrafo final, del Anexo de la ley 24.977; este cuerpo, c. 21.337 S.D.L. 4/07, c. 22.802 S.D.L. 50/08).----------

----Tales son los motivos por los que entiendo que el fallo atacado merece ser confirmado en cuanto concluyera la existencia de contrato de trabajo entre las partes.---

----III.- Tampoco hallo razón a la apelante en el segundo y subsidiario de sus agravios. Considero que el agravamiento indemnizatorio del art. 15 de la ley 24.013 le ha sido correctamente impuesto.----------

----Desde luego, para que nazca el derecho del trabajador a percibir este incremento resarcitorio la norma impone el requisito de que haya cursado la intimación prevista en el art. 11 de la misma ley. Mas acontece que el actor la envió vigente la relación laboral, como requiere el art. 3 del dec. 2.725/91. Nótese en efecto que remitió el requerimiento de que la relación fuera registrada con su telegrama del 24/11/04 (fs. 1 del c. de pr.), mientras que el vínculo recién quedó extinguido con el telegrama del día 30/11/04 (fs. 3 del mismo cuaderno de pruebas).----------

----IV.- Por los fundamentos anteriores propondré confirmar la sentencia apelada en todo cuanto fuera materia de agravios, con costas de segunda instancia a la recurrente vencida en ella (art. 59 de la ley 69) y regulando los honorarios del Dr. J. G. V., por sus labores de alzada y atendiendo a la extensión, calidad y resultado de ellas, en la suma equivalente al 2 % del monto total del proceso que surja de la liquidación a practicarse (arts. 6, 7, 14, 19, 47 del dec.-ley 2.200).---------- Me expido pues en esta cuestión por la AFIRMATIVA.---------- **A ESTA MISMA CUESTIÓN**, dijo el Dr. Ferrari: ---------- I. El Dr. Velázquez ha delineado ya los antecedentes fácticos que informan el caso traído a decisión de esta Alzada, así como los agravios expresados por la parte apelante. En consecuencia, me ceñiré a tratar directamente la cuestión planteada.---------- II. **La**

existencia de la relación laboral: ----------
Comparto en un todo las apreciaciones del colega preopinante sobre el punto, y sólo en cumplimiento de la manda constitucional que exige fundar mi voto (art. 169, Const. Prov.) daré las razones que me llevan a acompañarlo en su propuesta, a riesgo de incurrir en una inevitable reiteración de conceptos.----------
--- Como lo hemos dicho en reiterados precedentes –algunos ya mencionados por el Dr. Velázquez– las respuestas brindadas por en la audiencia confesional puede servir eventualmente como prueba en su contra, mas no a favor del absolvente, porque se trataría de simples afirmaciones de su parte que, si ya fueron efectuadas en la demanda o contestación, resultarían sobreabundantes y en caso contrario, si se tratara de hechos no alegados en la debida oportunidad procesal, serían extemporáneos e improcedentes. En sentido concordante, se ha sostenido que la absolución de posiciones solamente importa prueba confesional cuando el absolvente reconoce un hecho o acto que le es adverso y favorece a la parte contraria; pero carece de valor de convicción en favor del declarante cuando niega el hecho o acto que el ponente pretende acreditar o afirmar algo que le conviene (conf. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala C • 20/03/1990 • F., O. A. c. S. C.C., S. A. • LA LEY 1990-D, 184 - DJ 1991-1, 13).---------- Tampoco favorecen la postura actoral las declaraciones de los testigos que se desempeñaron en el mismo tipo de labores que el aquí demandante, porque es sabido que los vínculos contractuales son directos y personales entre los respectivos otorgantes, y bien puede suceder que en una determinada organización empresaria exista personal en relación de dependencia laboral y prestadores contratados bajo otras figuras (ej. locación de servicios, etc.).---------- En cuanto a la condición de monotributista, conforme al principio de la primacía de la realidad, desde antaño la jurisprudencia ha sostenido que la condición de monotributista no es incompatible con la coexistencia de una relación laboral subordinada encuadrable dentro de la ley de contrato de trabajo, aun cuando las partes hayan denominado o instrumentado de otra forma al vínculo –por ejemplo, facturando los trabajos realizados– a los efectos de excluir la tutela de normas de orden público como son las que rigen el contrato de trabajo (conf. Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, sala V • 25/09/2007 • G. O.H.c. S.C.N.R. • id. sala III • 30/11/2006 • M. F.c. HSBC NY.L.S.d. . . .A. • DT 2007 (marzo), 312 • id. sala I 30/08/2006 • C. P.M. c. B.R.d.l.P.S.A. y otro • id. sala I • 29/04/2005 • F. J.D. c. S.D.S.A. y otros • La Ley Online – conf. mi voto en Expte. 251/2009 – S.D.L. 06/09), de manera que la insistencia de la apelante respecto de esto tópico dista de constituir una crítica concreta y razonada del fallo, donde se analizó puntualmente las características de la prestación de servicios del actor, motivando un fundado pronunciamiento por parte del *a quo* para concluir que se trataba de un vínculo de naturaleza laboral.---------- Tampoco es óbice para la existencia de un contrato laboral la modalidad de pago por día, pues si bien ello

es más frecuente en las modalidades de trabajo eventual, nada impide que se aplique a los casos como el aquí tratado, de prestación permanente y discontinua, siendo la retribución diaria propia de los trabajadores discontinuos, tenga o no carácter permanente la relación laboral (conf. Meilij, G.R., “Contrato de Trabajo”, t. II, N° 854, p. 11 – Depalma, 1981).---------- III. **La sanción del art. 15 – Ley 24.013:** ---------- El agravio carece de sustento, pues como bien lo ha señalado el colega prevotante, el actor envió la intimación establecida en el art. 11 de la ley 24.013 hallándose vigente la relación laboral, dando cumplimiento así al requisito legal establecido para la procedencia de su reclamo.---------- --- IV. **Conclusiones:** ---------- --- A mérito de la razones vertidas, acompañaré la propuesta de confirmar el decisorio en todo cuanto ha sido materia de recurso, con costas al apelante (art. 59, Ley N° 69), fijando los honorarios del Dr. J.G.V.en el 2% del monto del proceso debidamente liquidado en vista de la calidad, extensión y eficacia de sus labores y el resultado obtenido (art. 6, 14, 47 y conc., Dec. Ley 2.200).---------- Voto entonces a esta cuestión POR LA AFIRMATIVA.---------- **A LA SEGUNDA CUESTIÓN** el Dr. Velázquez respondió:---------- Ante el acuerdo antes alcanzado, corresponde confirmar la sentencia apelada en todo cuanto fuera materia de agravios, con costas de segunda instancia a la recurrente y regulando los honorarios del Dr. J. V. por sus labores de alzada, en la suma equivalente al 2 % del monto total del proceso que surja de la liquidación a practicarse.---------- ---------- ASÍ LO VOTO.---------- ---------- **A LA SEGUNDA CUESTIÓN**, el Dr. Ferrari expresó: ---------- Tal como lo he anticipado, comparto la resolución propuesta por el Dr. Velázquez en todos sus términos, votando en sentido idéntico.---------- Con lo que se dio por terminado el Acuerdo, dejándose constancia que la presente se dicta por dos miembros por haberse logrado la mayoría (art. 9 de la ley 1130, Textos ley 4550).---------- ---------- Trelew, de febrero de 2.009.---------- En virtud de lo resuelto en el Acuerdo cuya copia antecede, la Sala “A” de la Cámara de Apelaciones de la ciudad de Trelew; pronuncia la siguiente:---------- ---------- **S E N T E N C I A**: ---------- CONFIRMAR la sentencia apelada en todo cuanto fuera materia de agravios.---------- IMPONER LAS costas de segunda instancia a la recurrente.---------- REGULAR los honorarios del Dr. J.G.V. por sus labores de alzada, en la suma equivalente al 2 % del monto total del proceso que surja de la liquidación a practicarse.- ----------

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

----REGISTRADA BAJO EL N° _____ DE 2009. SDL. CONSTE. ----------

PAULO EDUARDO KÖNIG
SECRETARIO DE CAMARA