En la ciudad de Puerto Madryn, a los días de -noviembre del año dos mil diez, se reúne la Excma. de la Cámara de Apelaciones, con la Presidencia de María Inés de Villafañe y presencia del Sr. Juez de Cámara Dr. Mario Luis Vivas, para celebrar acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **"P. P. N. C/ E. M. S.A. /Cobro de Pesos"** (Expte. N° 143 - Año 2010) venidos del Juzgado Laboral N° 1 (Expte. N° 117/08), en apelación. Los Sres. Magistrados resolvieron plantear las siguientes cuestiones: PRIMERA: ¿Se ajusta a derecho la sentencia apelada? SEGUNDA: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar? y expedirse en orden al sorteo practicado a fs. 159.

A LA PRIMERA CUESTIÓN, la Sra. Jueza de Cámara María Inés de Villafañe dijo:

1. La sentencia de Primera Instancia hizo lugar a la demanda incoada por la Sra. P. N. P. y condenó a E. M. S.A. a abonarle la suma comprensiva de los siguientes rubros y conceptos: a) remuneración marzo/08: $ 1660,50; b) abril e integración: $ 1660,50; c) sustitutivo preaviso y SAC: $ 1.798,90; d) indemnización antigüedad: $ 1.660,50; e) SAC período laborado: $ 1.245, 40; f) vacaciones proporcionales (10 días): $ 664,20; g) art. 8 Ley 24.013: $ 3.736,10; h) art. 15 Ley 24.013: $ 1.660,50; i) art. 2 Ley 25.323: $ 1.729,70; j) art. 45 Ley 25.345: $ 4.981,50 lo que hace un total de $ 20.797,80 con más intereses que determina. Por su lado ordenó la entrega de la certificación de servicios y remuneraciones previsto por el art. 80 LCT, impuso las costas y reguló honorarios.

Para así decidir y luego de valorar la prueba cumplida, la Sra. Jueza tuvo por acreditada la relación laboral invocada. Dijo allí*: "En definitiva, la prueba analizada, a la luz del principio de la sana crítica, permite formar convicción respecto del trabajo personal y dirigido de la actora dentro del giro normal de una empresa ajena, en los términos del art. 5 L.C.T., Por ello, haciendo uso del principio*

de primacía de la realidad, corresponde tener por acreditado que la prestación de servicios denunciada, corresponde a una típica relación dependiente en los términos de los arts. 21 a 23 de la L.C.T.". Luego de lo cual y conforme el art. 55 LCT, reconoció los rubros arriba explicitados, sobre la base de una remuneración de $ 1.660,50 que proporciona ATSA en su página web y aplicable a la actora como asistente geriátrica (básico de $ 1.328,40 con más un 25 % por adicional zona).

La sentencia fue apelada a fs. 141 y agregado el memorial a fs. 143/146. Sustanciado, la actora no contestó el traslado.

2. Los agravios de la demandada

Se individualizan tres agravios para sostener la queja:

a) Falta de valoración de la prueba: señalando que la Sra. Jueza omitió la existencia de un instrumento contractual cuya firma fue reconocida por la actora ("contrato de locación de obra a plazo fijo") y que dio origen a las prestaciones pactadas. Indica que en la sentencia de primera instancia no se hace referencia a ese contrato a plazo fijo, ni a la entrega de las facturas que justifican el pago de los servicios. Prestaciones estas que dice, estaban sujetas a la apreciación que hiciera P. conforme las necesidades de los pacientes y en calidad de asistente. Agrega que no se probó relación de dependencia, ni la fecha de ingreso denunciada, ni las tareas de asistente de geriatría. No comparte el criterio de aplicar del principio de primacía de la realidad cuando al desconocer el contrato de marras se aleja de la misma, ni tampoco que la señora jueza desestime la teoría de los actos propios.

b) Base salarial: Cuestiona que la Señora Jueza haya tomado como base salarial para imponer la condena la que se determina para una categoría laboral que ni siquiera fue reclamada en la demanda ni aportada por las partes. Aclara que al contestar demanda se indicó que la Sra. P. carecía de formación y capacitación en enfermería y que las funciones que cumplía estaban fuera del CCT 122/75 por lo tal base debe ser desestimada.

c) La aplicación de las multas e imposición del certificado del art. 80 LCT: El tercer agravio se funda en que tratándose de una extinción por vencimiento de plazo de un contrato a plazo fijo, de conformidad con lo preceptuado por el art. 250 de la LCT, no se genera indemnización. En cuanto a la condena a entregar los certificados del art. 80 LCT, es de cumplimiento imposible debido a que la actora desarrolló su actividad bajo la condición de trabajadora autónoma. Sigue su queja respecto a la multa del art. 2° de la Ley 25.323, la modalidad del contrato que unió a las partes no autoriza a reconocer ese rubro y que de revocarse el fallo puede considerarse que no existió actividad de la patronal tendiente a obligar al actor a promover el juicio debido a que se cumplió con las pautas preestablecidas y por ello morigerar o eliminar la multa. Alude que entre las partes se configuraron los presupuestos del contrato a plazo fijo por lo que no existió ni relación de dependencia, ni reclamo alguno por parte de la Sra. P. mientras duró el plazo acordado, concluyendo en el origen contractual y la extinción por la propia naturaleza de la modalidad.

3. La queja de la apelante se centra en la incorrecta valoración de la prueba, para lo cual creo necesario referir que los jueces no están obligados a ponderar una por una todas las probanzas, pues basta que lo hagan respecto de las que estimen conducentes o decisivas para resolver el caso, pudiendo omitir toda referencia a las que estimaran inconducentes o no esenciales.

A mi juicio, no hay elementos convincentes para modificar lo decidido en la primera instancia.

Era materia de decisión jurisdiccional determinar si la relación laboral entre la Sra. P. P. y E. M. S.A. encuadraba o no dentro de un contrato de trabajo.

Encontrándose desconocida la relación laboral, pero admitida la prestación de servicios (aunque alegada que su causa es ajena a un contrato de trabajo como en el caso, una locación de obra), pesaba sobre el excepcionante, la

carga de demostrar que dicha prestación no fue realizada bajo relación de dependencia (CNT Sala X SD4144 .23-06-98).*"Corresponde a la empleadora producir la prueba tendiente a enervar los efectos de la presunción establecida en el art.23 del régimen de contrato de trabajo"* (CNT Sala VII 09-06-98 DT 1998-B-2272).

Para ello agregó un contrato de locación de obra celebrado en esta ciudad el dos de septiembre de 2007 entre A. S.R.L. y la actora, quien al absolver posiciones (v. fs. 115), reconoce su firma estampada al pie del documento.

Los efectos de los contratos, sus consecuencias en orden a las relaciones patrimoniales, alcanzan, tal la disposición del art. 1197 CC, a las partes celebrantes del mismo. Esta limitación de los efectos, tiene como base la libertad de las personas y la defensa de su patrimonio en tanto nadie puede quedar obligado sin su voluntad, (aun cuando se trate de un beneficio) sin que medie aceptación o conformidad.

La estipulación para otro o contrato a favor de un tercero (art. 504) exige entonces, que el beneficiario de aquel lo acepte. *"En materia de contratos a favor de terceros, el beneficio del tercero entraña una adquisición directa, en el sentido de que nace inmediatamente del contrato -o acto de otra categoría- por virtud de la regla de libertad del artículo 1197 del Código Civil. Dicho beneficio no pasa por el patrimonio del estipulante, y constituye, en origen, un derecho suspendido en su eficacia obrando la aceptación por parte del tercero a manera de recaudo de perfeccionamiento."*(Base elDial.com - BG11C8).

En el referido contrato se indica que la Sra. Pérez acepta la encomienda de asistencia de enfermería para los pacientes de la R. P. E. M. y los de la C. A., sin que pueda inferirse de ello que las prestaciones tengan como beneficiario a la sociedad demandada "E. M. S. A." y que en consecuencia ameriten su valoración en la cuestión laboral aquí planteada.

Por otro lado, en el marco de su agravio, la demandada ha señalado vehementemente que, omitida toda valoración de ese contrato, la Sra. Jueza

"impone su criterio atendiendo al principio de la primacía de la realidad por encima de la calificación que pretendan las partes y lo único que hace es alejarse de ese principio. Si es la realidad"probada en autos"la que vale, es pues la incuestionable demostración de la existencia de un contrato efectiva y armoniosamente cumplido por las partes, sin reclamos ni deterioro de la relación mientras esta duró".

Ya he señalado que la sociedad demandada –E. M. S.A.- no es parte en tal vínculo contractual, y aceptando que la relación de trabajo alegada por P. se cumplió en uno de los establecimientos allí mencionados, debe concluirse con la Sra. Jueza, que para dar solución al conflicto es necesario analizar las pruebas reunidas y definir si se dan los presupuestos suficientes que acrediten la relación laboral, por sobre la negativa de la relación subordinada amparada en un contrato civil.

Aparece allí la primera inconsistencia argumental. Si la encomienda laboral aceptada por P. era la asistencia de enfermería (c. 1era) y que "asume plenamente la responsabilidad profesional por la atención terapéutica que brinde a los pacientes" (c. 2.3) y más adelante se alude a la fotocopia del seguro de mala praxis (c. 4ta), no resulta atendible que ello fuera posteriormente negado al contestar la demanda. Véase, que describe las tareas comprometidas "... consistentes en concurrir a visitar libremente a los pacientes, a los fines de asistirlos en cuanto a sus vínculos afectivos con parientes y amigos, recabar sus impresiones respecto a la atención que recibían...", con presentación de informes con determinada frecuencia, los que no se cumplieron por escrito sino verbalmente a la Dirección. Ya en la absolución de posiciones y sobre la regla que cada posición importará, para el ponente, el reconocimiento del hecho a que se refiere (art. 415 del CPCC), queda reconocido para la parte demandada: que P. no contaba con capacitación en enfermería y que jamás realizó tareas de asistente de enfermería, esto es en contraposición plena, insistiré, con la encomienda alegada en el convenio que procura hacer valer en el proceso. De la

ausencia de capacitación en enfermería dio cuenta la testigo E. (fs. 117 vta.) y de las tareas efectivamente cumplidas G. (fs. 120), R.(fs. 121), C. S. (fs. 122) y S. (fs. 123).

No existe prueba en autos con la que se pueda justificar las prestaciones -que ya en la versión de los hechos- debía cumplir la Sra. P.

Señaló la demandada en esa oportunidad procesal, que el servicio que ofrecía P. y resultaba de interés para la demandada consistía en "*Concurrir a visitar libremente a los pacientes*"..."*en fin, una labor independiente sin horarios ni días preestablecidos... canalizado hacia un resultado determinado como era el informe por paciente*". La pretensa autonomía e independencia en su relación con el locador, se contrapone a mi criterio, al pactarse la retribución en la que se indica que en caso de días o períodos no prestados se debitaran proporcionalmente del importe mencionado. Tampoco las testigos que han declarado (y no han recibido impugnación alguna a sus dichos), han podido dar cuenta de aquellas características propias del trabajador autónomo. Así, desde el ámbito doméstico, E. refiere la prestación de tareas en turnos rotativos (v. fs. 117), lo mismo señala su vecina P. (fs. 118) y C. S. (fs.122). Las testigos que compartían el ámbito laboral testificaron: G. (fs. 120/120vta.) indicó que no tenía horarios fijos, sin poder establecer con qué frecuencia la veía justificando ello en que por sus tareas a veces estaba o no, o bien no coincidían los horarios, señaló luego que ella sabe que trabajan pero no sabe ni el horario ni los días que lo hacen. R., que trabaja para la demandada, señaló a fs. 121/121 vta., que P. cumplía horario por la mañana o por la tarde, que trabajaba en turnos de ocho horas y que los mismos eran fijados por la Dirección General. Señaló a la líder de asistentes como la persona que indicaba las tareas a realizar, rol que luego asume la Sra. S. a fs. 123, señalando que en las horas pico se la convocaba y que era la Administración la que determinaba los horarios de trabajo.

En cuanto a las facturas anexadas por la actora y que sostiene la demandada son prueba de la retribución pactada, señalo que a más de dar cuenta que el trabajo se cumplió desde el mes de agosto de 2007 y que fueron extendidas –en forma intercalada- tanto a A. SRL como E. M. SA, tampoco son elementos para la invocada autonomía. Por el contrario, constituyen un elemento de juicio para sostener que tanto la inscripción como su emisión constituyeron exigencia formal de la empleadora.*"Más allá de la apariencia que le haya dado el empleador a la relación que uniera a las partes, en materia de derecho del trabajo lo que cuenta es la verdadera situación creada, sin que importe el nombre que las partes le atribuyeran. Corresponde al juzgador, determinar con base en los hechos que considera probados, la naturaleza jurídica del vínculo, sin que la apariencia real disimule la realidad. Conforme a ello, la emisión de facturas por parte del trabajador y el hecho que estuviera inscripto en autónomos, frente al denominado "principio de primacía de la realidad", no logra desarticular la presunción de la existencia del contrato de trabajo entre las partes (art. 23, LCT). La entrega de dicha documentación así como la mencionada inscripción constituyen exigencias formales del empleador para eludir la aplicación de las normas legales que resultan indisponibles para las partes (art. 12, LCT)"* (Nieto, José Luis vs. PAMI - Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados (INSSJP) s. Regularización Ley 24013 Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo Sala V; 30-12-2007 RCJ 3011/08).

Luego de este análisis, ajustado fue sostener el principio de la primacía de la realidad para desentrañar la verdadera figura jurídica que vinculó a las partes. Este principio otorga prioridad a los hechos, esto es, a lo que efectivamente ha ocurrido en la realidad, sobre las formas o apariencias o lo que eventualmente las partes hayan convenido. *"El principio de primacía de la realidad otorga prioridad a los hechos, es decir a lo que efectivamente ha ocurrido en la realidad sobre las formas o apariencias. En el Derecho del Trabajo, en caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que surge de documentos*

*suscriptos por las partes o acuerdos celebrados entre ellos, se debe dar preferencia a los hechos."(*Boullin Jorge Luis vs. Olivares de Cuyo S.A. y otros Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo Sala VII; 05-09-2008; RCJ 1369/09).

Por último, considero que no es acertada la afirmación de la apelante que da prioridad a la conducta de la Sra. P. en sustento con la teoría de los actos propios. En materia laboral se atiende al principio esencial de irrenunciabilidad (arts. 12 y 58 LCT). Las normas que en él se apoyan, tienen la finalidad de evitar el abuso de la autonomía de la voluntad del trabajador y forman lo que se denomina orden público laboral. Esto es, no puede interpretarse que el silencio del trabajador durante un tiempo dado, implica la renuncia a los derechos que le confiere la ley. *"La circunstancia de que el actor no haya realizado reclamos fehacientes referidas a que la modalidad de la relación laboral no se adeudaba a un típico contrato de trabajo con anterioridad a la ruptura del vínculo, no reviste trascendencia alguna a los fines de la procedencia de la indemnización por despido, pues su silencio no puede constituir presunción en su contra- art.58,LCT"*(DT 2003-A-77)

Por lo expuesto propongo desestimar este primer agravio.

4. En cuanto a la base salarial utilizada por la Sra. Jueza, negada la relación de dependencia y sobre la base del principio ya explicitado, se tuvo por probado que la Sra. P. cumplía tareas de asistente de geriatría en el marco del CCT 122/75. La Sra. Jueza se limitó a identificar la categoría laboral, que -dentro del convenio aplicable y denunciado en la demanda- se correspondía con la actividad desarrollada por la actora. El art. 7 ap. 14 del referido convenio señala que las funciones que corresponden al asistente geriátrico son "*Es el trabajador que se desempeña en los establecimientos geriátricos o en las secciones destinadas exclusivamente al alojamiento permanente de ancianos, de cualquier establecimiento asistencial y que efectúa la limpieza e higiene de las habitaciones, muebles y demás dependencias; sirve y suministra alimentos, ropa limpia, y está destinado al cuidado de los ancianos, viste e higieniza*

a los mismos; suministra medicamentos y efectúa curaciones". Para esa actividad probada, el CCT 122/ 75 fijaba para el período un salario de $ 1.328,40 (cfr. en www.sanidad.org.ar/convenios_colectivos/122/convenio122(2007).pdf) que, con más el adicional por zona del 25 %, da una remuneración mensual de $ 1.660,50.

Por lo expuesto, no existe mérito para apartarme de lo resuelto por la Magistrada de grado.

5. Al fundar este tercer agravio, la demandada señala que las indemnizaciones previstas por las leyes 24.013, 25.323 y 25.245 como la imposición de otorgar el certificado del art. 80, son improcedentes por tratarse de un contrato a plazo fijo (art. 250 LCT).

Los términos del conflicto quedan irremisiblemente fijados con la demanda y su contestación, y tales términos no pueden verse alterados sin que se vulneren gravemente los principios que rigen el contradictorio.

Negada por la demandada la existencia misma del vínculo laboral, mal puede en el agravio, procurar valerse de las normas laborales resistidas para evitar las consecuencias que su propia conducta le acarrea.

La referencia que formula a fs. 48 "...debe entenderse que tanto actora como demandada se vincularon por un tiempo limitado de seis meses por lo que cualquiera sea la rama del derecho que se aplique, esa limitación temporal es de aplicación a todas ellas..." no puede ser aceptada en esta instancia. Liminarmente porque y según lo dispuesto en nuestro ordenamiento legal el contrato laboral se entiende celebrado, en principio, por tiempo indeterminado, salvo que se haya fijado en forma expresa y por escrito el tiempo de su duración y que las modalidades de las tareas o de la actividad, razonablemente apreciadas así lo justifiquen (art. 90, LCT) circunstancias tanto en lo formal como en lo sustancial incumplidas. Por otro lado, la ausencia de preaviso, sobre la base del principio de

continuidad o subsistencia del contrato, lo transforman en un contrato a tiempo determinado.

El orden público laboral es establecido para la salvaguarda de la estricta observancia de las normas laborales que otorgan beneficios mínimos y no pueden derogarse por voluntades particulares. *"La consecuencia del orden público laboral se centraliza en la indisponibilidad de derechos que establece y en la posibilidad de que, por encima de sus prescripciones, se consagren en un contrato normas individuales que den nacimiento a mayores beneficios para el trabajador, circunstancia que revela que la "sustracción normativa del objeto" está pensada principalmente para proteger al dependiente repotencializando su voluntad. En tal sentido, los derechos que surgen de las normas imperativas son indisponibles y, por tanto, irrenunciables, y los que tienen por fuente el contrato, son disponibles, pero irrenunciables. Los primeros no pueden negociarse ni aún por título oneroso, ya que existe una imposición de contenido que la bilateralidad no puede afectar. En cambio, los mayores derechos emergentes de normas no imperativas, pueden disponerse a título oneroso y variarse en su nivel de contenido, pero se mantiene la imposibilidad de abdicarlos gratuitamente, o sea, de renunciarlos, lo que tiene su fundamento en la técnica erigida por el ordenamiento jurídico para paliar la desigualdad del poder de negociación de las partes (irrenunciabilidad con indisponibilidad relativa).* (Del dictamen del Fiscal General, N° 38552 del 16/7/04)." Devicenzi, Leonardo vs. Arca Distribuciones S.A. s. Despido" - CNTrab., Sala IX - Ciudad Autónoma de Buenos Aires - 2004-09-29 - Oficina de Jurisprudencia de la CNAT .*WebRubinzal jula 1.262.r73*).

Lo cierto es que, acreditada la existencia de una relación laboral enmarcada en las normas protectorias que son de la esencia del derecho laboral, no disponible para la parte, las indemnizaciones reconocidas en la anterior instancia, como la exigencia de entregar el certificado de trabajo previsto en el art. 80 de la LCT, se encuentran ajustadas a las disposiciones legales vigentes. Por ello el agravio debe desestimarse.

6. Por los motivos expuestos entiendo que la decisión en crisis debe ser confirmada en todo cuanto fuera materia de agravios, con costas de segunda instancia al apelante vencido en ella (art. 57 de la Ley XIV N° 1). Los honorarios de la Ab. M. M. P. de R., apoderada de la demandada, por sus tareas de alzada y atendiendo a la extensión, calidad y resultado de ellas, se regularan en la suma equivalente al 25 % de los regulados en la instancia anterior (arts. 5 y 13 de la Ley XIV N° 4).

Me pronuncio aquí en consecuencia por la AFIRMATIVA.

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

1. Que las cuestiones fácticas han sido ampliamente referidas por mi colega de primer voto, motivo por el cual no redundaré en ellas, dando por transcriptos aquí los desarrollos efectuados al respecto por la Dra. de Villafañe. Centraré mi atención, para el sustento individual de mi voto, en el análisis de los aspectos traídos a revisión de esta Cámara.

Comienza agraviándose el apelante, sosteniendo en abono de su postura: a) que se ha acreditado que la actora era monotributista; b) que la declaración de los testigos -como prueba sostén del contrato de trabajo- genera "inseguridad jurídica", ya que resta validez formal a los contratos; c) que no existe prueba alguna de la dependencia a la que refiere el decisorio; d) que lo único probado es el vínculo contractual; e) que la sentencia no hizo ninguna referencia al contrato de plazo fijo que apunta su posición, ni a la entrega de facturas que justifican el pago de los servicios prestados.

Comenzaré analizando el contrato que acompaña el demandado, para lo cual será necesaria su calificación.

Señala el maestro Gustavo ORDOQUI CASTILLA ("Lecciones del Derecho de las Obligaciones, tercer Tomo, Vol. II, Doctrina General del Contrato – Sus efectos, Ed. "del Foro", Montevideo, 2003, p. 183 y ss.) que calificar

supone un proceso intelectual consistente en individualizar un caso concreto, y luego de analizado, aplicarle un concepto jurídico preexistente, abstracto, reconocido por una autoridad normativa a fin de aplicarle un ordenamiento jurídico. Calificar un contrato es analizar su contenido y determinar en qué categoría jurídica general debe ser ubicado, de forma de saber qué normas le son aplicables. Supone, en esencia, realizar un silogismo conforme al cual, dado cierto hecho y dada la existencia de cierta norma, las consecuencias jurídicas deben ser tales. La calificación del contrato apunta a determinar el régimen jurídico que le es aplicable.

GALGANO, por su parte ("El negocio jurídico", Valencia, 1992, n° 106, p. 436) sostiene que la calificación del contrato es la operación a través de la cual se tiende a identificar el abstracto tipo legal en el cual, subsumir el concepto de contrato, a fin de sujetar el segundo a la disciplina propia del primero.

La calificación supone, en primer lugar, una individualización común de las partes y luego, una vez que se tiene idea de lo que las partes quisieron, se debe encuadrar dentro de alguna de las categorías previstas en el esquema legal correspondiente.

Para MESSINEO ("Doctrina General del Contrato", T° II, p. 104) el hecho de que deba priorizarse la intención común de las partes sobre lo expresado literalmente lleva a considerar que la denominación que las partes dieron al contrato puede no coincidir con la que fue intención común.

En tal inteligencia me expediré. Llega a esta Instancia que las partes (esto es, un tercero ajeno al pleito y la actora; ver cláusula primera) celebraron un "contrato de locación de obra", por medio del cual una parte encomienda a la otra "la asistencia de enfermería para los pacientes de la R. P. Estancia M. y de los de la C. A. de P. M..", a cambio de una suma de dinero en concepto de honorarios (ver cláusula cuarta) por un plazo determinado de duración (ver cláusula tercera).

Comenzaré señalando que, lejos de lo que el agraviado sostuvo, tanto en su conteste, como en su agravio, se entiende por "obra" la obtención de un resultado producto de una actividad que puede ser material o inmaterial y que puede reproducirse autónomamente, sin necesidad de recurrir a la persona del locador. Sus dos elementos esenciales, son: a) el pago de una suma de dinero a cambio de la obra, y b) la ejecución de una obra. En esa línea argumental, la obra no es otra cosa que un resultado, esto es, en la obra la utilidad está dada por el producto de una actividad determinada (cfr. LORENZETTI, Ricardo L. "Código Civil Comentado", "Contratos", T° I, Ed. Rubinzal Culzoni, p. 684 y ss. y 715 y ss.).

De modo tal que, a poco de analizar los términos del contrato y desentrañando lo que las partes quisieron verosímilmente contratar (arg. art. 1198, 1° Parte del Cód. Civil), tengo para mí que ningún resultado se esperaba arribar, pues ninguna obra se tuvo en mira realizar. Ergo, lo que analizo, a esta altura de mi exposición, me permite sostener que las partes no firmaron un contrato de locación de obra.

Será entonces el turno de desmenuzar nuevamente el contrato y procurar encuadrarlo dentro de lo que regula nuestro Código Civil a partir del art. 1623, esto es, el contrato de locación de servicios.

Debo advertir, con respecto a este contrato que, cuando a él nos referimos, estamos frente a una relación de generalidad, especialidad que convierte al contrato de servicios en un contrato residual en el que se incluyen todos aquellos servicios -en el sentido amplio del facere- cuya prestación no sea objeto de una tipificación especial (cfr. LORENZETTI, Ricardo L., op. cit., p. 677, con cita de SOLÉ RESINA).

Me explico. Los Códigos que en Europa y América siguieron los pasos del Código Civil francés, dando lugar al movimiento conocido como codificación decimonónica, se caracterizan por no contener la idea de "servicio" en general, ni tampoco reglas legales al respecto.

Nuestro Código Civil no escapó a esa situación y por ende no contiene una idea clara acerca de lo que debe entenderse por servicio en sentido estricto, siendo un concepto generalizado en nuestra dogmática jurídica que "servicios" indica diligencia, fuerza de trabajo, para que sea utilizada por otro en beneficio propio. De todos modos, la idea de servicio nos traslado a la de la obligación de medios, es decir, a la realización de una actividad.

LORENZETTI (op. cit., p. 678), concluye finalmente que la locación de servicios queda reservada para los profesionales liberales, y también para algunas formas de prestar su trabajo quienes realizan oficios y algunas hipótesis de trabajos domésticos.

Los maestros SPOTA y BORDA, cada uno por su lado, han distinguido entre contrato de trabajo y contratos de empresa (que incluyen la locación de servicios y la locación de obra), sosteniendo que el criterio de distinción de estas categorías se encuentra en la relación de dependencia. A su vez, señalan la diferencia entre la dependencia jurídica y la económica. Si las dependencias son bipartitas, nos encontramos ante un contrato de trabajo, mientras que la locación de servicios contiene sólo la dependencia jurídica.

Estas aclaraciones vienen a cuento de dilucidar si resulta aplicable el régimen civil o el laboral.

En atención a el orden argumental seguido hasta aquí, y en la inteligencia que la locación de servicios ha quedado relegada a partir de la sanción de la Ley 20.744 y sus modificatorias, a supuestos de excepción, no advierto que el contrato sub examine deba encuadrarse dentro de tal parcela extraordinaria.

En primer término debo señalar que no surge del contrato ni de ninguna otra probanza de autos que la actora hubiere sido requerida en calidad de una "profesional" en sentido estricto, entendiendo por tal a quien "realiza una actividad desarrollada en forma habitual, con autonomía técnica, que cuenta con una reglamentación, requiere una habilitación previa y se

presume onerosa; pudiendo asimismo estar sujeta a colegiación y sometida a normas éticas y a potestades disciplinarias" (cfr. ORDOQUI CASTILLA, Gustavo, "Responsabilidad civil de profesional liberal", Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1993, p. 13, n° 2), concepto coincidente con las recomendaciones de sendos encuentros jurídicos celebrados en nuestro país: las "Primeras Jornadas Provinciales de Derecho Civil" (Mercedes, Bs.As., 1981) y "Segundo Encuentro de Abogados Civilistas" de Santa Fe, de 1988, en las que se sentaron las siguientes notas distintivas caracterizantes de la noción de "profesional": habitualidad en su ejercicio; actividad reglamentada; necesidad de previa habilitación; presunción de onerosidad; sujeción a colegiación; sumisión a principios éticos y sometimiento a potestades disciplinarias.

Tampoco surge de autos que la actora hiciera de la actividad encomendada una ocupación habitual a partir de algún conocimiento técnico especial. Menos alguna hipótesis de servicio doméstico.

Concluyo así que la relación contractual que vinculó a las partes en el contrato debe encuadrarse dentro del derecho laboral.

Sin embargo, invocado que el mismo fue a "término fijo", deberá analizarse si se cumplen con los recaudos que al efecto establece el art. 90 y ss., LCT.

Una primera visión de la cuestión me permite afirmar que la celebración de un contrato a plazo fijo, conforme lo establece el art. 90 de la Ley de Contrato de Trabajo, no depende únicamente de la voluntad de las partes sino que deben existir causas objetivas fundadas en las modalidades de las tareas o de la actividad de que se trate que lo justifiquen (cfr. Cám. Nac. de Apel. del Trabajo, sala I 22/04/2010 ; in re: "Forzano, Roberto Daniel c. Aguas Danone de Argentina S.A."AR/JUR/16988/2010), circunstancia que en modo alguno la demandada ha acreditado en autos.

Ni siquiera se acreditó en autos (el art. 92, LCT obligaba al actor a producir la prueba al respecto) que la modalidad de contratación adoptada lo fuera

por una necesidad transitoria, en razón de circunstancias extraordinarias, lo que me lleva a concluir que no se ha configurado el requisito del inc. b) de la norma citada.

De allí que debo concluir, en el mismo sentido que la Sra. Jueza preopinante y en la misma línea de ideas que la sentencia en crisis, que debe sostenerse el principio de primacía de la realidad, a fin de desentrañar la verdadera figura jurídica que vinculó a las partes, como se señala en el voto que me antecede.

De allí que concluyo en que se trató de un contrato de trabajo por tiempo indeterminado, que no es otra cosa que la figura común de la relación laboral, aun cuando las partes le hubiese consignado fecha de vencimiento. En ese contexto ha de analizárselo, aun cuando fue celebrado tanto para prestar servicios para su co-contratante, como para hacerlo a favor de otro (nótese que el tercero en el contrato asintió su existencia y alcances; así surge del texto de su propia contestación de demanda).

Y ninguno principio del derecho laboral encaja más al supuesto de autos que el ya referido de "primacía de la realidad", según el cual, y en galanas palabras del maestro VÁZQUEZ VIALARD, cuando no hay correlación entre lo que ocurrió en los hechos y lo que se pactó o documentó, hay que dar primacía a los primeros. Prima la verdad de los hechos (no la forma) por sobre la apariencia. En consecuencia, las estipulaciones contractuales por escrito no tienen más que un valor de presunción, que cae ante la prueba de los hechos. Se imponen éstos sobre la denominación o calificación que las partes atribuyan a la relación contractual. Este principio es importante para resolver la situación en los casos de simulación o de fraude laboral (arg. art. 14, LCT), para no cumplir con las exigencias mínimas de la ley ("Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social", 8ª. Ed. Act. Ed. Astrea, Bs. As., 1999, p. 138/139).

Y para cerrar la línea de razonamiento con que inicié el tratamiento de la cuestión, siguiendo al último de los autores citados, he de resaltar que algunos autores han fijado una distinción tajante entre el derecho del trabajo y el derecho civil. Utilizan la expresión "contrato-realidad" como distinta de la civil (simple acuerdo de voluntades). Según esa opinión, el primero sólo se perfecciona mediante el cumplimiento de la obligación de prestar trabajo (cfr. op. cit., p. 139).

Como una consecuencia lógica del principio de la realidad, y con el objeto de evitar cuestiones de prueba respecto de la clase de negociación que engendró la relación, se presume la existencia del contrato de trabajo con sólo acreditar que se ha cumplido la prestación (relación de trabajo dirigido, arg. art. 23, LCT).

En ese contexto, la declaración de la testigo R. de fs. 121 es clarificadora al señalar que la actora cumplía horarios de mañana (8 a 12 hs.), "cuando la empresa lo requería" y de tarde, de 16 a 20 hs. (ver segunda pregunta); como así al aseverar que la Dirección General era quien fijaba los horarios que cumplía la actora (ver repregunta cuarta). A su vez, S. (fs. 123 vta.) aseveró que era ella quien le indicaba las tareas que debía cumplir la actora (ver repregunta tercera) y que la Administración fijaba los horarios (ver repregunta cuarta).

Coincido consecuentemente con la Sra. Vocal preopinante en el sentido del rechazo del agravio, en este aspecto.

2. Con respecto al segundo agravio de la demandada, me adelanto a señalar que, contrariamente a lo que sostiene en su queja, la parte actora solicitó la aplicación del CCT 122/75, más allá del encuadre practicado por la Sra. Jueza de grado en cuanto a "asistente de geriatría" que ha asignado a su actividad. Por tal razón, si bien arribaré a los mismos resultados que mi colega preopinante, soy de la opinión que en este aspecto el agravio no

cumple con los requisitos técnicos que impone la manda del art. 268 de nuestra ley adjetiva.

Es que, recurrir, si lo que se busca es la procedencia del ataque recursivo, requiere inexcusablemente demostrar con argumentos claros, patentes, el desacierto de la resolución recurrida, poniendo en crisis sus fundamentos, privándola de su apoyatura, para así hacerla caer (cfr. Cám. Apel. Trelew, Sala A, del 18/6/08, in re "V., L. N. y otro c/ Línea 28 de Julio S.C.T.T.L. s/ dif. de haberes e indem. de ley", (Expte. Nº 22.389, Año 2007, registrada bajo el Nº 36 DE 2.008 – SDL; ídem, 12/11/08, "L., A. c/ S., R. s/ Cobro de pesos" Expte. 117, año 2008).-

Considero que no se trata de un ataque frontal a la parcela de la pieza decisoria en cuestión, en tanto carece de crítica razonada y concreta, expresando una mera discrepancia con la pieza decisoria en análisis.

3. El apelante instala como base de sustentación de su queja la existencia de una relación laboral de tiempo fijo, que en mi opinión, y por las razones ya expuestas no se ha configurado en autos.

De suerte tal que, a poco que se analice, si su andamiaje se ha construido sobre la base de una figura contractual que finalmente no recibió favorable acogida, mal puede tratarse la queja a partir de un supuesto diferente.

Por lo tanto, el tratamiento de la presente queja deviene abstracta en orden al modo en que he expresado mi opinión acerca del vínculo contractual que unía a las partes. Ello, por cuanto, aun cuando la causa de una pretensión puede presentarse, inicialmente, como concreta, a partir de la posible revocación del decisorio en la cuestión principal, con posterioridad, frente a su confirmación, se torna abstracta como consecuencia de la desaparición de las "condiciones constitutivas del objeto" de la decisión jurisdiccional perseguida (cfr. SCBA, 9/6/81, "Pinto Amalia O. c/ Provincia de Buenos Aires", JA, Rep. 1982, p. 192). De allí que entiendo que no hay queja que atender en este sentido.

Por todo lo expuesto, voto por la AFIRMATIVA.

4. Las costas de la presente Instancia serán soportadas por la demandada (art. 57, Ley XIV N° 1, y 69 del CPCC), debiendo regularse los honorarios profesionales de la Sra. Letrada de la parte demandada, por su labor en esta Instancia, M. M. P. de R., atendiendo la extensión, calidad y resultado, en el 25 % de los de la Primera Instancia (arts. 5, 13, y cc. de la Ley XIII N° 4).

A LA SEGUNDA CUESTIÓN, la Sra. Jueza de Cámara María Inés de Villafañe respondió:

En caso de ser acompañada en la fundamentación de mi voto, el pronunciamiento que corresponde dictar es: 1) Confirmar la sentencia dictada a fs. 137/139 en todo lo que fue materia de agravios. 2) Imponer las costas a la apelante vencida (art. 57 Ley XIV N° 1). 3) Regular los honorarios de la Ab. M. M. P. de R., apoderada de la demandada, en la suma equivalente al 25 % de los regulados en la instancia anterior (arts. 5 y 13 de la Ley XIV N° 4). 4) De forma.

Así lo voto.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN, dijo el Sr. Juez de Cámara Dr. Mario Luis Vivas:

Visto el acuerdo al que se llega, corresponde dictar el pronunciamiento que propone la Sra. Vocal que me precede en el voto.

Con lo que se dio por terminado el acuerdo, dejándose constancia que la presente se dicta por dos miembros del Tribunal por encontrarse vacante una vocalía (Arts. 7 y 8 Ley V Nº 17)

Puerto Madryn, de noviembre de 2010.

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

S E N T E N C I A:

1) **CONFIRMAR** la sentencia dictada a fs. 137/139 en todo lo que fue materia de agravios.
2) **IMPONER** las costas a la apelante vencida (art. 57 Ley XIV N° 1).
3) **REGULAR** los honorarios de la Ab. M. M. P. de R., apoderada de la demandada, en la suma equivalente al 25 % de los regulados en la instancia anterior (arts. 5 y 13 de la Ley XIV N° 4).
4) **REGISTRESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVASE.**

REGISTRADA BAJO EL Nº DE 2.010 - SDL. Conste.