--- En la ciudad de Trelew, a los días de junio del año dos mil once, se reúne la Sala “B” de la Cámara de Apelaciones de esta ciudad, con la presidencia del Dr. Raúl Adrián Vergara y presencia de los Sres. Jueces del Cuerpo Dres. Aldo Luis De Cunto y Sergio Rubén Lucero, para celebrar Acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **“M., S. I. c/ C., A. y/o q. rte. prop y/o resp. de licencia de Taxi *** s/ cobro de haberes e indem. de ley” (Expte. Nº 156 - año 2011)** venidos 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. 183.----------

----**A LA PRIMERA CUESTIÓN** el Dr. Lucero dijo: ----------

----Vienen estos actuados a conocimiento de este Tribunal de alzada con motivo del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada (fs. 163) en contra del pronunciamiento definitivo dictado en autos (fs. 154/162) por el cual se hizo lugar a la demanda entablada por el Sr. S. I. M., condenándola a que, en el plazo que fija, abone al mencionado actor la suma de $ 52.232 con más los accesorios que se indican y a presentar en el mismo plazo el certificado de trabajo conforme lo establece el art. 80 de la L.C.T., bajo apercibimiento de astreintes. Todo ello con costas.----------

----El escrito de expresión de agravios luce agregado a fs. 169/173.----------

----------Ordenado su traslado a la parte contraria (fs. 174) éste fue evacuado por escrito que se encuentra glosado a fs. 175/179 y vta..----------

----------I.- El demandado previo a desarrollar los motivos de agravio los individualiza señalando a los siguientes, a saber: 1) que se hubiera hecho lugar a la demanda con costas a su cargo; 2) que se otorgaran diferencias salariales no reclamadas por la parte actora; y, 3) que se hiciera lugar a la indemnización prevista por el art. 2° de la Ley 24.323. A continuación pasa a desarrollar los argumentos en los cuales sostiene cada uno de los agravios anunciados. Respecto al numerado como primero, expresa que se acogió la demanda con fundamento en lo normado en el art. 421 del C.P.C.C. y arts. 24, 41 y 43 de la ley 69, sin embargo –dice- se soslayó que tales normas jurídicas requieren del cumplimiento de un extremo previo cual es: la acreditación de

la existencia de una relación de dependencia entre los litigantes. Sostiene que el Sr. Juez a quo se equivoca al tener por probada la relación laboral en base a tales normas. Insiste en que una vez probada la existencia de la relación de dependencia rigen las mismas y no antes. Alude al principio general de la carga de la prueba con cita doctrinal a lo que me remito. Continúa exponiendo que en la sentencia judicial se exige en forma arbitraria a su parte la comprobación de un hecho negativo, es decir, la no existencia de una relación de dependencia con la contraparte. Estima que el actor no cumplió con la carga procesal de probar la existencia de la relación laboral correspondiente el rechazo de la demanda. Asevera que no resulta relevante si su parte probó o no la existencia de una sociedad comercial si en el caso no se cumplió primero con la carga procesal que pesaba sobre el actor, de acreditar la existencia de una relación de empleo (quien alega debe probar). Con cita del art. 421 del Código de rito, destaca que la confesión ficta debe ser valorada con el resto de la prueba cuestión que ha omitido –asegura- el juzgador del anterior grado. Cita jurisprudencia relacionada al valor de la confesión ficta en apoyo de su posición a cuya lectura igualmente remito. Expresa que los argumentos que desarrollara son enteramente aplicables a lo normado por el art. 24 de la Ley XIV N° 1 que fuera citado también por el juez de grado. En relación a los arts. 41 y 43 de la Ley XIV, vinculados a los libros laborales y el salario, afirma que presuponen la existencia de una relación de dependencia que debe ser probada previamente por la parte actora, reiterando que solo recién probada tornan operativas las normas jurídicas citadas por el Sr. Juez a quo. Efectúa cita doctrinal en apoyo de su posición. Manifiesta que en atención de tratarse de un supuesto de trabajo en clandestinidad o sin registración según los hechos articulados en demanda, la prueba por antonomasia era la testimonial. Indica que en estos actuados solo dos testigos de la parte actora fueron interrogados. Refiere al testimonio del Sr. J. E. A. y del Sr. M. R. S., extrayendo de lo depuesto por este último lo siguiente: que el taxímetro fue adquirido por el actor en la ciudad de Buenos Aires y que fue traído por el mismo de allí hasta Trelew. Le resulta llamativo, dice, que el testigo corrigiera su relato ante la observación

realizada por el Sr. Juez a quo, expresando que amén de la corrección efectuada por el juzgador, lo cierto es que el testigo “no corrigió” el hecho expuesto relativo a que trajo el rodado de Buenos Aires a Trelew preguntándose si es normal que un trabajador, simple chofer de taxi, se encargue personalmente de viajar hasta dicha ciudad, adquiera el vehículo y lo traiga hasta la ciudad de Trelew. De ello colige que la parte actora no probó la relación de dependencia por lo que solicita que se rechace la demanda entablada. En relación al segundo de los agravios enunciados, vinculado a la admisión de diferencias salariales no reclamadas por el actor en su demanda, previa transcripción de la porción de los considerandos del fallo pertinente, postulando que si bien es cierto que el art. 68 de la ley 69 permite al juez fallar “ultra petita” supliendo la omisión o error del demandante, en el presente caso no existió ni omisión ni error sino una manifestación expresa de voluntad: no reclamar un ítem salarial (el 30% de la recaudación). Indica que de convalidarse la postura sostenida en la sentencia que impugna se estaría conculcando el derecho de defensa de su parte puesto que no la ejerció en relación a este tópico atento a las propias manifestaciones de la contraria de no reclamar dicho ítem salarial. Observa que es la propia parte actora quien en su escrito de demanda denuncia como supuestos haberes devengados las sumas de $ 1.421,36; $ 1.547,43; $ 1.598; $ 2.003. Sin embargo, asevera, el Sr. Juez a quo se aparta de los dichos de M. y considera arbitrariamente que éste percibía la suma de $ 2.100 y luego de $ 2.400, siendo tal razonamiento –concluye- inadmisible e irrazonable. Finalmente, en relación al tercer agravio sostiene que se acoge ilegítimamente la indemnización prevista en el art. 2° de la Ley 25.323 pese a que, considera, no se encuentran acreditados los presupuestos requeridos por dicha normativa. Al margen que no se encuentra probada la relación laboral, repite, sostiene que se debe desestimar este rubro. Se funda en que el razonamiento desarrollado por el juzgador para determinar su procedencia es equivocado explicando que el Derecho Civil es una de las fuentes del Derecho Laboral siendo muchas de sus instituciones enteramente aplicables al Derecho del Trabajo. Transcribe el art. 2° de la ley 25.323 observando de su texto que requiere inexorablemente: 1) la extinción del contrato de trabajo, pues dicha norma jurídica establece como requisito que no se hayan abonado las

indemnizaciones previstas en los arts. 232, 233 y 245 del R.C.T., artículos 6 y 7 de la ley 25.013 o las que en el futuro las reemplacen. Recalca que dicha circunstancia presupone la ruptura del vínculo contractual laboral, pues no se puede ser acreedor a dichas indemnizaciones sin que se haya extinguido el vínculo contractual laboral. 2) La mora del empleador en el pago de tales indemnizaciones, lo cual se produce al día siguiente de operada la extinción de la relación laboral o a los cuatro días hábiles de operada según la interpretación que se haga del texto legal. Destaca que la notificación del supuesto despido con causa de la parte actora constituye un acto jurídico unilateral y receptivo (arts. 243 de la L.C.T. y 946 del Cód. Civ.), considerándose perfeccionada la notificación cuando es recibida por el destinatario o llega a su esfera de conocimiento. Sentado lo expuesto, continúa diciendo, se advierte que el presupuesto despido sucedió el día en que el telegrama laboral llegó al domicilio de su parte y por imperio de lo normado por los arts. 128, 137 y 149 del R.C.T., supuestamente se encontró en mora en el pago de la liquidación final e indemnización de ley el día posterior o a los cuatro días posteriores de recibida la intimación. Ahora bien, sostiene, nadie puede intimar al pago de indemnizaciones si no se es acreedor de tales indemnizaciones y mucho menos, si el deudor no se encuentra en mora en el pago de tales indemnizaciones. Y, 3) la citada norma requiere la intimación fehaciente por escrito del trabajador. Explica que en la praxis laboral el telegrama colacionado laboral es el medio de comunicación o notificación por antonomasia pero no se es acreedor a tales indemnizaciones si previamente no se es acreedor a las mismas o si el deudor no se encuentra en mora, pues si la indemnización no es aún exigible no corresponde intimación alguna. Denuncia que de la documental arrimada por la parte actora surge que no se cumplió con tal presupuesto por cuanto se omitió remitir la intimación fehaciente una vez extinguida la supuesta relación laboral.----------

----Al responder al traslado de los agravios, la parte actora expuso en primer lugar que corresponde declarar desierto el recurso por cuanto los agravios –asegura- no llenan los recaudos o exigencias impuestas por el art. 268, Ley XIII N° 5, con carácter de carga técnica mínima que todo

apelante debe satisfacer. Explica que el apelante efectuó un sobrevuelo sobre la temática del pleito dando opinión sobre cómo debió haberse resuelto éste pero sin hacerse cargo de las razones por las cuales el a quo no acogiera sus alegaciones. Ni siquiera, dice, procuró conmover la totalidad de las vigas maestras que sustentan la sentencia atacada, limitándose a efectuar un cuestionamiento parcializado e insuficiente de la resolución en crisis, por ejemplo, pretendiendo hacerse fuerte en aspectos que carecen de una entidad dirimente del pleito. Pero, continúa diciendo, apreciando con detenimiento el ataque, sostiene que éste no ha logrado patentizar ningún yerro grave del juez de grado. Con numerosa cita jurisprudencial postula que en la apreciación de la prueba, el juzgador cuenta con facultades de mayor discrecionalidad y legítimo arbitrio debiéndose impugnar la misma sobre la base de un ataque frontal, fundado en argumentos hábiles y conducentes, que demuestren el desacierto manifiesto de la resolución. A partir de allí, entiende que la liviandad del ataque dirigido a la apreciación de la prueba de los hechos que el a quo consideró dirimentes, colapsa con dicha doctrina. Pasa a contestar cada uno de los agravios. Respecto del primero destaca que el Sr. Juez a quo encontró debidamente acreditada la relación de dependencia, transcribiendo una porción de los considerandos del fallo a la que me remito. Indica la incorrecta cita e interpretación doctrinal que efectuara el recurrente a cuya lectura también remito. Postula que tal como surge de la doctrina transcripta la presunción del art. 23 de la L.C.T. invierte la carga de la prueba recayendo en el apelante la carga probatoria de dejar en evidencia la “inexistencia de la relación laboral”, lo que no pudo –asegura- demostrar en autos. Añade que el juez de grado, ante la incomparecencia de la demandada a la audiencia fijada para la producción de la absolución de posiciones acertadamente –expone- dijo que correspondía aplicar lo dispuesto por el art. 421 del C.P.C.C. que establece la confesión ficta efectuando citas jurisprudenciales vinculadas a los efectos de la misma en materia laboral a cuya lectura remito. Indica que la demandada comete un error al manifestar en su agravio que la confesión debe ser valorada inexorablemente con el resto de la prueba y que el juzgador no solo no hizo ello sino que fundó la existencia de la relación laboral echando mano a las normas que citara (en referencia al art. 421 del C.P.C.C.). Por el contrario

asegura que el juzgador indicó que los elementos de prueba aportados venían a reforzar la presunción de verdad emergente de la confesión ficta, transcribiendo el párrafo pertinente del considerando. Destaca en tal sentido, para que se tenga en cuenta, la informativa de la AFIP (fs. 144/146) donde surge que el actor fue declarado por el demandado como único empleado. En relación a las diferencias salariales transcribe la porción del argumento del sentenciante en la cual señala las dificultades expuestas por el actor para establecer qué cantidad de dinero representaba a la época en la que se reclama el pago de las diferencias salariales, más que por tratarse de mínimos inderogables a los que no se puede renunciar, no puede dejar de considerar los salarios establecidos en el convenio colectivo de trabajo aplicable. Añade a ello la fundamentación expuesta por al Sr. Juez a quo en cuanto indicó la inaplicabilidad en el caso de la disposición 57/2007, en base al cual se estableció las cantidades reclamadas por el actor en concepto de diferencias salariales por no formar parte de la versión del C.C.T. 436/06 que rige para el caso, la falta de presentación del libro del art. 52 y las facultades otorgadas por el art. 56 de la L.C.T., determinó el salario del actor en la suma de $ 2.100 –de marzo a octubre de 2008- y de $ 2.400 hasta la ruptura del vínculo laboral. Asimismo, precisó que a dichas sumas debía descontarse las sumas que su parte reconociera haber percibido. En relación al tercer agravio, manifiesta que el recurrente cuestiona la procedencia de la multa del art. 2 de la ley 25.323 argumentando que hay formalismos y requisitos que –sostiene- la norma no establece. Indica que su parte intimó por TCL de fs. 4, bajo apercibimiento de iniciar acciones judiciales, cumpliéndose de esa forma los requisitos establecidos en la norma conforme se desprenden de la misma y que pasa a transcribir. Transcribe a continuación la parte pertinente de los considerando del fallo a lo cual igualmente me remito.------

---

--

----II.- En los límites fijados por los agravios y su contestación antes reseñados ingresaré al tratamiento de los mismos siguiendo para ello la misma cronología utilizada por el recurrente, toda vez que ella responde al

orden lógico que impone el contenido mismo de cada uno de los tópicos planteados.----------

----1) Prueba de la relación laboral: Bajo este epígrafe se identifica más precisamente cuál es el núcleo del cuestionamiento sobre el cual se asienta el primero de los agravios formulados, toda vez que el actor lo nomina más bien traduciendo el efecto que lo perjudica (“que se hubiera hecho lugar a la demanda con costas a su cargo”), el cual no describe adecuadamente cuál es el tema que fuera controvertido en la primera instancia y que, ahora, es también motivo de puntual crítica por lo decidido a su respecto.----------

----A tal fin, resulta imperioso rememorar desde el comienzo cuál fue el argumento esgrimido por el Sr. Juez a quo para concluir pronunciándose positivamente en relación a la existencia de la relación laboral que fuera denunciada por el actor y desconocida por el demandado.----------
---

----Expuso el Sr. juez del anterior grado lo siguiente: *“…En cuanto a la actitud del demandado, más allá de su postura cuando contestó la demanda, toda vez que no concurrió a la audiencia en la que tenía que absolver posiciones pese a estar debidamente notificado…corresponde aplicar en autos lo dispuesto por el art. 421 C.P.C.C. que establece la confesión ficta.(…).En razón de lo expuesto…se lo debe tener por reconocido los hechos expuestos en la demanda…”* (Sic)(Vide: considerando –fs. 156 vta.-). A continuación, con sustento en antecedentes de la Sala A de ésta Cámara de Apelaciones, expuso que los efectos de la confesión ficta en materia laboral son más amplios que los contemplados en el citado art. 421 del C.P.C.C. *“…supeditando el efecto confesorio tan sólo a la existencia de prueba en contrario…”* (Sic).----------
---

----Este puntual y dirimente argumento que he transcripto en lo principal, lejos estuvo de haberse siquiera contradicho por el recurrente quien derechamente se limita a posicionarse en relación a cómo ha de interpretarse el art. 23 de la L.C.T., salteándose, estimo que adrede e indebidamente, considerar siquiera mínimamente que el juzgador a quo fijó la operatividad de la presunción de verdad favorable al actor, en cuanto a tener por ciertos los hechos que expusiera en la demanda y que emana de

la incomparecencia a la producción de la prueba confesional en que incurriera (Conf. Art. 24 de la Ley XIV N° 1 –antes art. 25 de la ley 69-).----------

----Es que afirmado que fuera por el actor su desempeño como chofer bajo relación de dependencia del demandado; y, negado por éste último que lo uniera al actor una relación laboral afirmando, por el contrario, que en un primer período los vinculó un contrato de alquiler y con posterioridad, un contrato de sociedad, ciertamente recaía sobre el accionante tanto como sobre el accionado el peso de acreditar el o los hechos que aducidos por cada uno, importaban o constituían el fundamento de la norma o normas que invocaran a favor de su pretensión activa y pasiva respectivamente. Ahora bien, advierto que con posicionarse en la mera negativa el demandado controvertía conformando el marco fáctico sobre el cual se trababa la litis, recayendo el peso de probar solo sobre el actor, pero hete aquí que no se limitó a negar la veracidad de los hechos que fueran expuestos por el Sr. M., sino que aludió a una locación del taxi y, luego, a una sociedad, por lo que no cabe duda que no le basta con afirmar tales vínculos contractuales sino que debe acreditarlos.----------

----En tal dirección, cabe tener presente que entre el plexo probatorio se constató que el demandado no concurrió a su prueba confesional lo que implica inexorablemente que se lo tenga por confeso en relación a los hechos alegado en la demanda. Recalco, el citado art. 24 de la Ley XIV N°, imperativamente impone al juzgador su observación, quien de tal forma debe analizar la controversia desde el nuevo ángulo resultante de tal circunstancia procesal. Es decir, que las demás pruebas producidas en la litis solamente tendrán relevancia si acreditan de modo fehaciente lo contrario al reconocimiento ficto operado en razón de la incomparecencia a la prueba confesional del sindicado empleador.----------

----Insisto, producida tal circunstancia deviene inexorable la inversión de la carga probatoria enunciada por la regla contenida en el art. 381, 2do. Párrafo del C.P.C.C. –según ley XIII N° 5 Anexo A-, de aplicación al

supuesto por vía del art. 44 de la Ley XIV N° 1.----------

----Y ello, valga la redundancia en repetirlo, implica presumir como ciertos los hechos más relevantes para determinar –favorablemente- la procedencia y cuantía del reclamo actoral, cuales son: la existencia del vínculo laboral denunciado en demanda y las modalidades de las tareas realizadas por el Sr. M., sea en su jornada laboral y en el horario que afirmó que cumplía –incluidas las horas suplementarias-; como así también, respecto a la falta de pago de los importes devengados en concepto de diferencia de haberes, liquidación final e indemnizaciones de Ley.----------

----Asimismo, en consonancia con lo que se viene diciendo, debo añadir a ello, que no responde a las circunstancias habidas en la presente causa aquella aseveración del demandado ahora impugnante consistente en que se le habría asignado en el fallo apelado la carga de probar un hecho negativo, cual es, la inexistencia de la relación de trabajo. Esta afirmación, tal como viene de verse, lisa y llanamente tergiversa el verdadero y real sentido de lo argumentado por el juzgador de la anterior instancia.-------

----Es que en verdad el Sr. Juez sentenciante señaló que *"…aún prescindiendo de la prueba aportada –elementos indiciarios que, por cierto,* ***vinieron a reforzar de todos modos la presunción de verdad emergente de la confesión ficta****-…"*, y añadiendo luego, *"…el efecto probatorio de la confesión en este fuero sólo podría decaer ante la existencias de prueba en contrario* ***y no existe en la causa ningún elemento persuasivo que permita contrarrestar la eficacia probatoria de este medio****…"*; concluyendo más adelante en relación a la operatividad de los arts. 52 y 55 de la L.C.T. y 41 y 43 de la Ley XIV N° -antes ley 69-, en lo siguiente: *"…Es que si bien es correcto que no puede hacerse valer dicha presunción en los supuestos en que no quedara probada la relación de dependencia,* ***en el caso de autos he considerado que dicha relación quedó acreditada por aplicación del apercibimiento establecido por el art. 24 de la Ley XIV.1****…"* (Sic)(Vide: considerando de fs. 157 y vta.).----------

----A esta altura del examen resulta pertinente poner en el tapete una circunstancia fáctica que resulta en extremo relevante, cual es, que tanto la

habilitación municipal para la prestación del servicio público de pasajeros “taxi” en relación a la unidad automotor Fiat Siena, año 2006, dominio ---*** (chapa de taxi N° *** –Trelew-) (Conf., informativa del municipio de Trelew obrante a fs. 13/14); como también la titularidad del dominio del mismo, se encuentran registradas a nombre del demandado ahora impugnante (vide: Poder especial obrante a fs. 55/57). Y digo de la importancia de tal dato constatado con los elementos de prueba citados, por cuanto, tengo dicho antes de ahora que ello importa establecer la propiedad de la unidad técnica de ejecución destinada al logro de los fines de la empresa, en los términos contemplados por el art. 6 de la L.C.T..----------

----Nótese al respecto que el Art. 5 del régimen general del contrato de trabajo define a la empresa como una organización, es decir, como una unidad estructural racionalmente ordenada, que tiene carácter instrumental para el logro de determinados fines. Para ello se vale de medios personales, materiales e inmateriales. Dentro de los primeros debe distinguirse al titular de dominio de la hacienda o establecimiento, del principal o “encargado”, no correspondiendo que su confusión genere atribuir al último siempre y en todo caso el carácter de empresario, en tanto que corresponde solo al primero, tal como claramente se expresa en el segundo párrafo del artículo precitado. Ello, independientemente que, eventualmente, pueda darse el supuesto que las calidades de “dueño” y de “principal” se confundan en una misma persona.----------

----Ello relativiza claramente la alegación del apelante en cuanto sostiene todo el andamiaje de su pretensa crítica en postular que no debía acreditar la sociedad de hecho que alegara en su defensa puesto que, antes –asevera- el actor debía probar la existencia de una relación laboral. Asimismo, es evidente que también deja sin sustento la aspiración de que se considere probado con las testimoniales traídas a colación respecto de las cuales hace su propio mérito, intentando sostener lo contrario, es decir, que el actor habría comprado el vehículo en Buenos Aires trayéndolo a la zona. Ello así, toda vez que aún cuando ello hubiera sido de tal manera, no altera ni modifica la titularidad de la licencia de taxi ni del dominio del

vehículo que se registra. Habida cuenta de lo cual, aún cuando se contemplaren los dichos de los Sres. S. –principalmente- (fs. 129) y de A. (fs. 124/125), ninguno aportó dato alguno de trascendencia para la presente causa. A todo evento, en el extremo más favorable al recurrente, dichas testimoniales no impiden considerar al actor como “principal” o encargado (factor), y en consecuencia, como un auxiliar subordinado del verdadero titular de la “empresa” al que corresponde, entonces, atribuir también el carácter de verdadero empleador.----------

----En tal inteligencia, cabe postular que si la relación de dependencia se define por la incorporación personal del sujeto que trabaja en una organización a la que es ajeno, a los efectos de que el resultado de su trabajo sea aprovechado para la producción de un bien o un servicio, lo que define la posibilidad de un trabajo dependiente en la especie es la presencia de una empresa.----------

----Es que, tengo para mí, que la relación de trabajo, como complejo de derechos y obligaciones recíprocos de trabajadores y empleadores surgidos del contrato del mismo nombre, se debe desarrollar en un marco funcional llamado empresa. Pues bien, el ya citado art. 5 de la L.C.T. define a la empresa como una organización, esto es, como disposición ordenada de elementos contribuyentes al logro de un fin elegido por su titular. Y dado que el derecho del trabajo tiene como finalidad inmediata la regulación de las relaciones que derivan de la prestación de trabajo personal en empresas, el mencionado concepto define el marco en el que se desarrollan esas relaciones.----------

----Y, en tal entendimiento, comparto aquella tesitura que propugna que los rasgos definitorios de la dependencia son irrelevantes en muchos supuestos como elementos identificatorios de la relación de trabajo, y es por ello que no refiero como dirimentes necesariamente a las clásicas manifestaciones de la dependencia que suele definir la existencia de una relación dependiente (subordinación técnica, jurídica y económica) ya que no son configurativas “per se” del contrato sino consecuencias necesarias de que, en su ejecución, el trabajador asuma su rol de importar un medio

personal de una organización empresarial ajena.----------

----En esta inteligencia es que cabría señalar que los intentos de identificar el contrato de trabajo desde la situación de dependencia son estériles, ya que esos rasgos no la definen, en cuanto los comparte con otras figuras jurídicas –mandato, locación de servicios; en ciertos caso, locación de obra- que, en la medida en que uno de los sujetos sea una persona física, se presentan exteriormente con la misma fisonomía. Insisto, sólo la inserción del sujeto como medio de una empresa ajena permite distinguir al contrato de trabajo de las figuras análogas. (Ver CNAT, Sala VIII, 23/8/02, “B., H. O. c. C. de T. L. y otros/ Despido”, elDial-AA127B)(Conf., mi voto, S.D.L., sala B, Nros. 01/05, id. Nro. 18/08, entre otras, CANE).-

----Y respecto al punto, bien destacó el Sr. Juez a quo que fue la recurrente quien solicitó al municipio de Rawson la “habilitación” del actor –entre otros- como chofer auxiliar del rodado con el cual explota el servicio público de transportes de “taxi” en las distintas paradas que se individualizan (ver: informativa del municipio de Trelew -fs. 13/14).----------

----El elemento material en la especie lo conforma el o los vehículos con los cuales se explotaba la actividad de transporte público de pasajeros con la misma licencia de taxi ***. Esto es, la unidad técnica o de ejecución aparece como una parte diferenciada y técnicamente autónoma, pero vinculada íntimamente con la empresa de la cual forma una de sus partes. Y dentro de los elementos inmateriales de la misma se encontraría, en el caso, la licencia o habilitación municipal respectiva. Y, como lo indiqué más arriba, el elemento personal lo configura el actor que fungió en ella como chofer siendo dicho dato fáctico no controvertido por las partes por lo que me eximiré de ingresar a relacionar los testimonios vinculados al mismo.----------

----Como puede verse pues, es sumamente dirimente el aspecto dominial atribuible al demandado recurrente al que venimos refiriendo, el cual sumado a la prestación de tareas reconocidas por la parte demandada en dicha unidad técnica de ejecución primaria, cual es el automóvil de su

dominio; representa, a mi ver, un indisputable vinculo de carácter dependiente.----------

----Es que la prestación personal del trabajador como conductor del automóvil para el desarrollo de la actividad lucrativa a la que fue destinado por su propietario es, por virtud de la propia ley, fuente de “laboralidad” de la relación y la adquisición de un automóvil y su destino a la actividad lucrativa de transporte, a través de la conducción de otra u otras personas, supone una gestión comercial por parte del propietario y lo coloca como patrono de quien conducía el vehículo como chofer “habilitado” a tal efecto por la autoridad municipal concedente.----------

----Finalmente, ante la asignación que se efectúa atribuyendo otra naturaleza a la relación habida entre el actor y el apelante –primero locativa y luego asociativa-, en cuanto se alegó al trabarse la litis y se reitera al sostener el recurso por vía de una valoración discrepante con la efectuada por el juzgador a quo, que existió un vinculo asociativo de hecho, tengo dicho en antecedentes análogos vinculados a cómo ha de interpretarse la presunción sustancial contenida en el art. 23 de la L.C.T., que ante tal circunstancia, consistente en que: de un lado, el actor afirma haber desempeñado tareas a favor de la demandada en carácter de trabajador dependiente; y, del otro, a su vez, la sindicada como empleadora alega, en contrario, que lo hacía como un socio de hecho de una actividad empresaria desarrollada en común; cada parte ha de afrontar la prueba de los hechos que constituyen el presupuesto de la norma que invoca (conf. Art. 381 del C.P.C.C. –según Ley XIII N° 5 Anexo A-).----------

----Y en tal marco, ya lo expuse precedentemente, el actor la satisfizo acabadamente y no, en cambio, el demandado. Bien expresó el Sr. Juez a quo que la sociedad de hecho no es susceptible de ser probada sólo por testigos, exigiéndose a los fines de su admisión que exista un principio de prueba por escrito.----------

----Respecto a este punto, corresponde precisar que es distinguible la prueba del contrato de sociedad, caso en el cual rige la exigencia de principio de prueba por escrito del art. 209 del Código de Comercio; de la realización de actividades sociales que, como simples hechos que son,

pueden acreditarse por cualquier medio de prueba, incluso, solamente mediante testigos. Esto es, un caso es la prueba de la existencia de la sociedad y otro la prueba del contrato de sociedad. Solo ante la acreditación de la existencia de operaciones efectuadas por una sociedad, por cualquier medio de prueba, siempre y cuando que de tales operaciones hubiera surgido la actuación del actor, se habría podido tener por probada la actuación de una sociedad de hecho. Pero ello no aconteció en el caso tal como viene señalándose. Esto es, no se probó con los testimonios traídos a colación que el actor hubiera efectuados aportes, allende de su prestación de tareas como chofer, ni que hubiera gestionado, adoptado determinaciones o decidido políticas comerciales vinculadas al desarrollo de la actividad de taxi, para cuya ejecución, en cambio, si se encuentra acreditado en autos que se habilitaba y registraba como único titular al demando Sr. C.. Todo ello, magüer de la confesión ficta que tuvo por operada el juzgador del anterior grado en relación a los hechos afirmados por el actor en su demanda y que no fue rebatida con la prueba producida en el proceso.----------

----Y ello ha acontecido en el caso bajo análisis tal como ha podido corroborarse de la prueba informativa que, a pesar de no hacer un puntual mérito de la misma, fuera evaluada en el anterior grado cuando aludiera el juzgador que *“la prueba aportada…vinieron a reforzar …la presunción de verdad emergente de la confesión ficta…”* (Conf. 2do. párrafo del considerando de fs. 157)(Conf.: CNAT, Sala VIII, 23/8/02, “B., H. O. c. C. de T. L. y otros/ Despido”, elDial-AA127B)(Conf., mi voto, S.D.L., sala B, Nro. 01/05 entre muchos otros).----------

----Añado que este entendimiento es compatible con lo que ha de entenderse como empresa, que importa una organización instrumental. Se ha dicho que la palabra “empresa” proviene del verbo emprender y significa, según el diccionario de la Real Academia Española, acción “más o menos complicada y difícil”, de lo cual se deduce que se encuentra constituida por una multiplicidad de acciones simples ordenadas para el logro de la acción en sí. Es decir la palabra empresa es un participio

sustantivo; no designa una sustancia sino una actividad cuyo fin es un principio esencial, y cuyo ser un “hacia” más bien que un ser en acto. Vale decir, la empresa es un ente de naturaleza intermedia entre las sustancias y las meras acciones porque no consiste solamente en una actividad sino en una obra común que se objetiva o encauza en un orden exterior. Y, es en tal inteligencia que el párrafo 1° del artículo 5to. de la L.C.T., define a la empresa como una organización o unidad estructural racionalmente ordenada que tiene carácter instrumental para el logro de determinados fines (Conf. Pueyrredón Ernesto, “La empresa, su naturaleza y su fin”, E.D. 50-625).----------

----Y, más allá de la mayor o menor entidad o tamaño que pudiera tener, como organización la empresa ordena los elementos o medios de los que se vale para la consecución de sus fines, entre ellos se encuentran los personales, materiales e inmateriales. Y en tal contexto es donde se ubica el territorio propio de la materia regulada por las leyes del trabajo, la que está constituida por las relaciones jurídicas en virtud de las cuales una persona, a cambio de una remuneración, presta servicios personales en una estructura empresarial ajena. O bien, dicho de otro modo, sin una empresa como organización destinada a utilizar el trabajo humano como un medio productivo, no hay contrato de trabajo.----------

----En definitiva cuando concurre acreditada la prestación de servicios en una organización empresarial, estructurada por un principal, calidad que en la especie no solo no fue puntualmente controvertida por el Sr. A. C. al responder a la demanda sino más bien ratificada, allende de lo que surge de la confesión ficta en la que incurriera (Vide: escrito de contestación de la demanda, punto III –fs. 24). Máxime, entonces, debe considerarse acreditado con la confesional ficta acontecida en la especie, el demandado era quien contaba con el poder de dirección sobre el automóvil y licencia con la que se ejecutara la actividad de transportista –taxi-, la que se manifiesta esencialmente por el poder de organización y utilización del trabajo ajeno como unos de sus medios o instrumentos que, bajo su dirección, se disponen para producir bienes o prestar servicios, por lo cual puede predicarse sin hesitación que hubo en el supuesto bajo análisis un contrato de trabajo.----------

----He dicho en antecedentes análogos al presente que el art. 23 de la L.C.T. solo entra a jugar ante la acreditación de prestación de tareas a favor de una organización empresarial ajena, lo cual por sí solo hace presumir que la misma ha sido realizada bajo la dirección y efectivo poder jurídico del sindicado como empleador; e, insisto, tal circunstancia fáctica -consistente en la prestación misma de la fuerza laboral- ni siquiera fue controvertida suficientemente en el presente proceso.----------

----En resumen, entiendo que los argumentos que vengo de exponer el presente agravio no puede prosperar por lo que propondré al acuerdo que se lo desestime. Así lo voto.-------2) **Diferencias salariales reconocidas en más de lo que se reclamara:** Se postula que el actor manifestó su voluntad de no reclamar un ítem salarial, cual es, indica, el correspondiente al 30% de la recaudación.----------

----Comienzo por descartar como argumento válido a tal aserción. En primer lugar, por cuanto ello no responde a las constancias habidas en la presente causa, para lo cual basta con remitir a la lectura del escrito de demanda para constatarlo. Véase que el actor refirió en su demanda a su dificultad para contar con la información necesaria para determinar el quantum de las diferencias devengadas a su favor, señalando que se le permitía la retención sólo del 10% de la recaudación diaria del taxi y, a continuación, bajo la letra A) expuso puntualmente que correspondía *"…El reclamo de la diferencia salarial del 20% en la retención de la recaudación, dado que el CCT de la actividad prevé y autoriza una retención del 30% que no pudo ejecutarse en este contrato…"* (Sic)(Vide: escrito de demanda –fs. 05 "in fine"-). Y, en tal porción, a la inversa a lo considerado por el juzgador del anterior grado, al interpretar que el actor no reclamaba por tal rubro (vide: considerando –fs. 159-), entiendo que el actor solo hizo referencia a la dificultad derivada de la falta de información efectuando reserva solo en relación a las restantes diferencias que pudieran haberse devengadas a su favor a partir de la fecha de alta que se le diera como chofer, supeditándolas a lo que informara la Dirección de Tránsito de la Municipalidad de Trelew (Véase: escrito de demanda –fs. 5 vta.-).----------

----Es decir, lejos estuvo el actor de renunciar al reclamo del mencionado rubro que, además, se encuentra convencionalmente contemplado en el art. 20° del C.C.T. N° 436/06 -de aplicación a la zona por vía de la extensión de su vigencia por Resolución N° 783/08 del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación-; y, por ende, rubro que torna en un crédito de carácter irrenunciable para el dependiente (Conf. Art. 12 de la L.C.T. –texto según Ley 26.574- en concordancia con el art. 23 del C.C.T. 436/06 según Resolución N° 783/2008 MYESS).----------

----En lo demás, el agravio en verdad resulta inaudible por encontrarse vacío de contenido crítico que atender, en cuanto postula que el Sr. Juez a quo “arbitrariamente” se aparta de los importes de haberes devengados que el actor denunciara en el escrito de demanda, fijando otros distintos, arguyendo que no se viola el orden público laboral pues *“…el salario devengado puede ser menor al convencional si la jornada de trabajo no es completa o legal, sino una jornada menor…”* (Sic)(Ver: escrito de expresión de agravios –fs. 171 vta.-).----------

----Es que no repara el impugnante que el juzgador a quo, bien o mal, pero sin merecer un concreto y razonado ataque, expuso que por tratarse de mínimos inderogables los salarios establecidos en el convenio de trabajo aplicable a la actividad, dado las dificultades para fijar la recaudación bruta de un vehículo taxímetro durante el período a contemplar y la no presentación del libro laboral exigido por el art. 52 de la L.C.T., fijaría el monto base de cálculo de las diferencias devengadas haciendo ejercicio de la facultad atribuida al juzgador por el art. 56 de dicho régimen general. Es, a partir de tal fundamento, que estableció las sumas devengadas a favor del actor de $ 2.100 por el período marzo a octubre de 2008; y, la de $ 2.400 para el período de octubre/2009 a marzo/2010, dedujo los importes que se denunciaran percibidos y liquidó de tal manera las sumas adeudadas.----------

----Pues, en contra de tal motivación se limitó el impugnante a ejemplificar una situación diversa y ajena en absoluto a la tratada en el presente pleito para inducir de ella que puede devengarse una remuneración menor a la

convencional. Es evidente a la sazón que este Tribunal se encuentra huérfano de materia crítica que le permite ejercer su función revisora de suerte tal que, concluiré, propongo al acuerdo que se tenga parcialmente desierto el recurso incoado en lo que refiere al tema del epígrafe (Conf. Arts. 268 y 269 del C.P.C.C. –Ley XIII N° 5 Anexo A-; de aplicación por vía del art. 73 de la Ley XIV N° 1 –antes ley 69-). Así lo voto.----------

----------3) **Agravamiento indemnizatorio previsto por el art. 2° de la ley 25.323:** Postula el apelante que el juez de grado condena a pagar la indemnización prevista por la norma citada *"…pese a que no se encuentran acreditados en autos los presupuestos legales requeridos por la normativa…"*(Sic)(Vide: expresión de agravios –fs. 172-).-------

----Argumenta a continuación que la norma de mentas exige 1) la extinción del contrato de trabajo; 2) la mora en el pago de las indemnizaciones. Refiere, a la par, a la teoría de la recepción en materia de notificación del despido para tenerlo por perfeccionado, para luego sostener que como su parte recibió la comunicación del despido indirecto en el que se posicionara el actor intimándolo al pago de las indemnizaciones simultáneamente con dicha notificación, no se encontraba en mora. Por ello, bajo el número 3) afirma que se omitió remitir la intimación fehaciente exigida por la norma "una vez extinguida la relación laboral".----------

----Básicamente, lo que sostiene el recurrente es que debió el actor intimarlo al pago de las indemnizaciones por separado y con posterioridad a la comunicación del distracto. En verdad, interpreto que la norma no exige tal formalidad consistente en que se notifique primero el despido y luego se proceda a la intimación al pago de las indemnizaciones respectivas pudiéndose realizar simultáneamente. Ello es así, para mí, por cuanto el presupuesto de hecho para que la norma torne operativa es la mora de la patronal en el pago de las indemnizaciones que imponga al trabajador iniciar la acción judicial o incluso, cualquier otra instancia previa de carácter obligatorio, como vía para viabilizar su percepción. Es que para el caso bajo análisis es de aplicación lo dispuesto por el juego coordinado

de los arts. 57, 128 y 149 de la L.C.T., ingresando en mora el empleador cuando, transcurrido los cuatro días de recibida la comunicación de despido e intimación al pago de las indemnizaciones respectivas, no las abonó obligando al trabajador a iniciar las presentes actuaciones.----------
----------Es decir, el trabajador solo debe demostrar que cursó la intimación fehaciente que la propia norma le impone y que no le fueron abonados esos créditos, surgiendo esto último de la mera comprobación de la falta de pago tal como lo indicara el juzgador a quo; pues con relación a la actitud del empleador no es dable requerirle ninguna otra probanza. Por otro lado, el empleador que pretende oponer a la pretensión del dependiente su intención de pago, será quien deba acreditar que de su parte no hubo negativa de abonarle la indemnización, al menos desde el momento en que fuera formalmente emplazado en los términos de la ley 25.323 y antes de que inicie el trabajador, luego de trascurrido el plazo de cuatro días, las acciones judiciales tendentes a obtener su cobro (Conf.: Tosca, Diego Martín, “Consideraciones preliminares sobre los incrementos indemnizatorios introducidos por la ley 25.323”, en D.T. 2000-B, 2120 y ss.; id. Etala, Carlos A., “Las nuevas normas de la ley 25.323”, D.T. 2000-B, 2086 y sgtes.; ídem, Sappia, Jorge J., “El agravamiento indemnizatorio en la ley 25.323”, D.T. 2000-B, 224 y s.s.).----------
-----

----En suma, propiciaré al acuerdo la desestimación del presente agravio. Así lo voto.--------III.- Conclusión: ----------
----

----Por todo lo expuesto corresponderá confirmar el fallo apelado en todo lo que fuera materia de agravios, con costas de alzada a cargo de la parte demandada vencida en ella (Conf. Art. 57 de la Ley XIV N° 1 –antes ley 69-).----------Por aplicación de la última norma citada corresponderá asimismo regular los honorarios de los profesionales intervinientes. A tal efecto, apreciando las tareas de segunda instancia cumplidas por los Dres. S. I. G., letrado apoderado de la parte demandada; y, D. L. T., letrado apoderado del actor, en las sumas respectivas equivalentes al 3,25% y al 5,67%. Tales alícuotas se deberán aplicar sobre el monto de condena a liquidar en la etapa de ejecución de sentencia con

más el I.V.A. pertinente (Conf. Arts. 5, 8, 13, 46 y conc. de la Ley XIII N° 4 –antes ley 2.200-; leyes 23479 y 23.871).----------Finalizo el tratamiento de la presente cuestión pronunciándome en ella por la AFIRMATIVA.----------

----**A LA PRIMERA CUESTIÓN** el Dr. De Cunto manifestó: ----------

----La claridad de la reseña que efectuara el Sr. Magistrado antes sufragante respecto de la sentencia de fs. 154/162, así como de la expresión de agravios que vertiera la demandada recurrente a fs. 169/173 y de su contestación por la actora a fs. 175/179 vta., me eximen de reiterar el relato, por lo que remito a la misma en homenaje a la brevedad.----------I.-

Habré de seguir el criterio utilizado por el Dr. Lucero en cuanto al orden de tratamiento de los agravios, el cual, por lo demás, responde a un examen lógico, ya que debe comenzarse por el cuestionamiento a la relación de dependencia, para luego, en su caso, analizar las diferencias salariales y la indemnización agravada.----------1) En su primera queja la apelante cuestiona que se tuviera por acreditada la relación laboral sin que el actor hubiera probado el vínculo de dependencia. Es así que lo medular del agravio transita por la interpretación conferida al art. 23 de la LCT. En interpretación de la presunción establecida en la norma referida se consideró que el legislador ha establecido que debe presumirse que la relación de trabajo, si se prueba, proviene de un contrato y no de otra fuente, lo que supone que quien invoca una relación laboral subordinada debe probarla con los indicios o pruebas directas de que provee el derecho procesal. En el mismo sentido se entendió que la “prestación de servicios” a la que alude la norma no puede ser otra que la cumplida en relación de dependencia ya que en toda la ley no hay referencia posible a otras prestaciones que no sean las que reúnen las condiciones tomadas como indispensables por aquélla para su aplicación (arts. 4, 5, 21, 22, 27, etc.) (conf. Rodríguez Mancini, Jorge en: Rodríguez Mancini-Barilaro: “Ley de Contrato de Trabajo Comentada”, Ed. La Ley, 2007, Tº II, págs. 72/73). Por su parte desde la jurisprudencia se entendió que para que juegue la

presunción dispuesta por el art. 23 de la LCT se requiere la acreditación en juicio de que los servicios prestados lo fueron en relación de dependencia para otro (conf. SCBA, 28/08/02 in re: “D. R., A. c/ P. P., M.; 29/05/02 in re: “L., R. M. y otros c/ S., N. M.”, Manual de Jurisprudencia de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, Ed. LexisNexis, 2004, pág. 99); así como que la prestación de servicios que genera la presunción prevista en el art. 23 de la LCT es aquella realizada bajo la dependencia de otro, ya que los arts. 21 y 22 del cuerpo normativo citado sólo contemplan dicho tipo de relaciones (conf. CN.Trab., Sala I, 24/05/99, in re: “B., O. A. y otro c/ G. del E. R.”, Manual de Jurisprudencia de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, ídem, íd.). Al respecto ha de agregarse que resulta característico de la relación de empleo el hecho de que el trabajador dependiente, normalmente se incorpora a un establecimiento ajeno, ya que esto lleva consigo y determina el carácter del trabajo como heterónomo (conf. Etala, Carlos Alberto: “Contrato de Trabajo”, Ed. Astrea, 2000, pág. 77).----------

----Debe recordarse que la demandada reconoció la prestación de tareas por parte del actor, la salvedad que realiza es que el vínculo que los unía fue primero de alquiler y luego el de una sociedad de hecho para explotar en forma conjunta el taxi (ver contestación de demanda a fs. 24, pto. III). Es así que, de acuerdo a la presunción del art. 23 de la LCT, dado que se había reconocido el cumplimiento de las tareas, cabía al demandado acreditar el tipo de contrato que, según denuncia, ligaba a las partes. Pero aún así, debe recordarse que el juzgador de grado razonó que *“En la especie, la incomparecencia del demandado a la audiencia confesional permite, ante la ausencia de prueba en contrario, tenerlo por confeso por un lado acerca de las tareas que realizaba, la jornada laboral, el horario en el que se desempeñaba, como así también la realización de trabajos en horas extras, lo mismo que la falta de pago de las sumas reclamadas y fundamentalmente la relación de dependencia y consecuente contrato de trabajo alegado por el actor en su escrito de demanda. De tal manera, aún prescindiendo de la prueba aportada -elementos indiciarios que, por cierto, vinieron a reforzar de todos modos la presunción de verdad emergente de la confesión ficta- a partir de ese efecto jurídico procesal se sumaron luego las restantes presunciones legales favorables al trabajador, esto es: la del*

art. 41 -antes 42 de la ex Ley Nº 69- de la Ley XIV Nº 1 por la falta de presentación del libro especial establecido en el art. 52 L.C.T., habiendo sido intimado bajo ese apercibimiento legal (auto de fs. 7 -cédula de fs. 26/vta.); la del art. 43 -antes 44 de la ex Ley Nº 69- de la Ley XIV Nº 1 por la falta de prueba en contrario respecto de los montos por cobro de salarios" (ver sentencia a fs. 156 vta. "in fine"/157, dos primeros párrafos).----------

----De acuerdo a la argumentación del sentenciante reflejada en los párrafos transcriptos, debe tenerse en cuenta que el art. 24 de la ley XIV Nº 1 establece que quien dejare de comparecer a absolver posiciones sin justa causa, será tenido por confeso sobre los hechos expuestos en la demanda o contestación, salvo prueba en contrario. Es así que correctamente tuvo, el juez de origen, por confeso al demandado acerca de los hechos expuestos en la demanda que aludían, claro está, a la existencia del vínculo laboral (ver fs. 04 "in fine"), lo cual refuerza la inversión de la carga probatoria, atento que "salvo prueba en contrario", opera la confesión ficta aludida. Por lo demás también resulta correcta la extensión del reconocimiento generado por la confesión ficta, que efectuara el "a quo", con relación a los demás elementos y términos del vínculo laboral que se desprenden del escrito de demanda (ver fs. 04 "in fine"/vta.), tales como la extensión de la jornada de trabajo y la falta de pago de la sumas reclamadas.----------

----Amén de lo expuesto, el juez de grado no tuvo en cuenta solamente la confesión ficta como prueba acreditante de la relación laboral, más allá de que en virtud de los términos en los que se desarrolló la litis ello hubiera bastado. Pero además de ello tuvo en cuenta las presunciones resultantes de los arts. 41 y 43 de la ley XIV Nº1 que ponen claramente la carga de la prueba en contrario en cabeza de la empleadora. Debe sumarse a ello, como bien lo precisa el Dr. Lucero, que a la luz del informe de fs. 13/14 y del poder especial de fs. 55/57, se desprende que el demandado es el titular de la licencia de taxi y propietario del vehículo afectado al servicio. Dicho rodado en el servicio de transporte público de taxi resulta ser la

unidad técnica o de ejecución a la que alude el art. 6 de la LCT. Es que la palabra establecimiento hace referencia a la localización, edificación, instalaciones que se establecen para desarrollar una o más explotaciones entendidas éstas como especialidades de la actividad industrial, comercial, de servicios, por lo que se ha considerado que revisten la calidad de establecimientos un buque o un avión (conf. Rodríguez Mancini, en Rodríguez Mancini-Barilaro: “Ley de Contrato de Trabajo Comentada”, Ed. La Ley, 2007, Tº I, págs. 311/312). Consecuentemente, cabe reputar al demandado como “empresario” en los términos del art. 5 de la LCT. Es que la empresa es para la LCT una actividad organizativa, y en todo caso lo organizado; es la tarea de organizar, de poner orden entre un conjunto de elementos. Es la organización de medios personales, materiales e inmateriales ordenados bajo una dirección que se ha propuesto un objetivo, esto es, el logro de fines económicos o benéficos; y el empresario resulta ser aquél que efectúa el ordenamiento u organización (conf. Rodríguez Mancini, op. cit., ídem, págs. 292/293). De allí que se haya sostenido que si bien el art. 23 de la LCT dispone que el hecho de la prestación de servicios hace presumir la existencia de un contrato de trabajo, tal presunción encuentra su excepción si las circunstancias que perfilan el caso concreto permiten calificar de empresario a quien presta el servicio (conf. CNTrab., sala VII, 28/12/00, DT, 2001-B,1693); o bien que el trabajador, que por definición no posee instrumentos de producción, se inserta en el proceso económico a través del contrato de trabajo, cambiando su fuerza de trabajo por salario...Así como el empleador, al organizar la empresa, celebra diversos contratos -de compraventa, locación, concesión, franquicia, etc.- para procurarse los medios que la norma califica como “materiales e inmateriales”, mediante el contrato de trabajo, imprescindible para la realización de aquel proceso (conf. CNTrab.., sala VIII, 09/08/02, DT, 2002-B, 1975). Es claro que ante la titularidad del rodado y de la licencia de taxi por parte de la accionada, la condición de empresario recae en dicha parte, ya que, salvo prueba en contrario, se presume que dicho titular es quien organiza y explota comercialmente el servicio de transporte prestado de dicha manera. Esta circunstancia no resulta desmentida por la prueba testimonial que el apelante invoca en su favor, dado que de la declaración de fs. 124 se desprende que M. conducía el taxímetro y no cabe deducir

que tuviera clientes propios, al menos como para considerarlo “empresario”, por la circunstancia de que lo llamaran a él desde el correo. Y el testigo declarante a fs. 129 no conoce el tipo de relación entre las partes, mas dice que el actor era empleado del dueño del auto, resultando irrelevante lo manifestado con relación a que M. fue a buscar el auto a Buenos Aires.----------

----Todo lo expuesto conduce a reforzar el argumento expuesto en la sentencia en cuanto a que correspondía al demandado acreditar, no un hecho negativo como alude en su expresión de agravios, sino las formas contractuales que esgrimiera para justificar la no existencia de la relación de dependencia, esto es, los contratos de alquiler -locación- y sociedad. Y el juez de grado fue harto explícito con relación a la ausencia de acreditación de estos contratos, en especial de alguna forma de vínculo societario entre las partes (ver sentencia a fs. 157 vta./159, primeros párrafos). Al respecto, como lo señala el colega prevotante, de las declaraciones testimoniales aludidas no se desprende la existencia de alguna participación del actor como socio, ya que resulta intrascendente que el actor fuera a buscar el vehículo ante la inscripción a nombre del demandado, tanto de la licencia de taxi como del rodado. De allí que se equivoca el recurrente cuando aduce que no resulta relevante que no hubiera probado la existencia de una sociedad comercial por considerar que pesaba sobre el actor la carga de acreditar la relación de empleo, prueba que, como se ha podido apreciar, se tuvo por producida con creces, tanto con las probanzas rendidas como a través de las presunciones aplicables en la especie que hizo jugar el juzgador.----------

----En síntesis, por todo lo argumentado, coincidiré con el Dr. Lucero, en cuanto a la desestimación de este primer agravio.----------

----------2) Como segundo agravio se señala que el sentenciante de la anterior instancia otorgó diferencias salariales no reclamadas en la demanda, por lo que entiende que no resulta de aplicación el art. 68 de la ley 69 que permite al juez fallar “ultra petita”, ya que existió una manifestación expresa de la voluntad por parte del actor de

no reclamar el 30% de la recaudación. A ello agrega que la propia actora denuncia los supuestos haberes devengados, sin embargo el juez se aparta de ello y considera arbitrariamente las sumas que percibía, explicando que no se viola el orden público laboral si se denuncia una remuneración menor a la convencional, dado que, ejemplifica, la jornada laboral puede ser menor a la completa o legal.----------Debe destacarse que el actor no renunció expresamente al reclamo del 30% de la recaudación sino que adujo que *"...ante la dificultad de contar con la información necesaria para:* ***A)*** *El reclamo de la diferencia salarial del 20% en la retención de la recaudación, dado que el CCT de la actividad prevé y autoriza una retención del 30% que no pudo ejecutarse en este contrato, se reclama únicamente la visible diferencia que existió en el sueldo fijo mensual mínimo previsto en el CCT de la actividad, cuando al Sr. S. I. M., le correspondía cobrar el doble de lo percibido"* (ver fs. 05 , último párrafo). El juzgador consideró que el actor no reclama el 30% de la recaudación fijado en el C.C.T. en razón de las dificultades de información referidas, explicando que no puede fallar desentendiéndose de lo establecido en la convención colectiva lo cual constituye un piso mínimo del cual no se puede apartar de conformidad con lo dispuesto por los arts. 7, 8 y concs. de la ley 14250 (ver sentencia a fs. 159, 4to. y 5to. párrafos). En base a dicho razonamiento, concluyó que *"En virtud de las dificultades casi insalvables para fijar la recaudación bruta de un vehículo taxímetro durante los períodos en los que se reclaman diferencias salariales, teniendo en cuenta asimismo que la demandada no aportó los libros obligatorios que establece el art. 52 L.C.T. y recurriendo a las facultades fijadas por el art. 56 del mismo ordenamiento, fijaré el monto del salario del actor por los meses de marzo a octubre de 2008 en la suma de $ 2.100 y a partir de allí hasta que se produjera la ruptura de la relación laboral en $ 2.400. A esas cantidades se le deberá descontar las sumas que según el propio actor recibió ($ 700 desde marzo a octubre de 2008 y $ 800 desde ese mes hasta diciembre de 2009 y el 10% de lo recaudado)"* (ver sentencia a fs. 160, 2do. párrafo).----------De acuerdo a lo reseñado, se desprende que amén de que el porcentual del 30% mentado se encuentra establecido en el art. 20 del CCT Nº 436/06, el que resulta irrenunciable en virtud de lo dispuesto por el art. 23 del mismo convenio, el

juzgador no hizo más que hacer uso de la facultad conferida por el art. 56 de la LCT, el cual reza: *“En los casos en que se controvierta el monto de las remuneraciones y la prueba rendida fuera insuficiente para acreditar lo pactado entre las partes, el juez podrá, por decisión fundada, fijar el importe del crédito de acuerdo a las circunstancias de cada caso”.* A dicho fundamento del sentenciante, la apelante esgrime una situación hipotética que no se condice con el marco fáctico del presente pleito, cual es, que se puede reclamar una suma menor a la convencional si no se labora la jornada completa o legal (ver fs. 171 vta., 2do. párrafo). En consecuencia, resulta claro que la apelante no se hizo cargo de los fundamentos del juez, ya que sólo se adujo un supuesto hipotético que, reitero, no se compadece con los hechos de la causa. Al respecto debe recordarse que crítica concreta se refiere a la precisión de la impugnación, señalándose el agravio; lo de razonada alude a los fundamentos, bases y sustanciaciones del recurso, se debe trasuntar un razonamiento coherente que demuestre, a la vez, el desacierto del razonamiento contenido en la sentencia que se impugna (conf. CN. Civ., Sala D, 12/9/79, ED, 86-442). La crítica razonada no se sustituye con una mera discrepancia, sino que debe implicar el estudio de los razonamientos del juzgador, demostrando a la Cámara las equivocadas deducciones, inducciones y conjeturas sobre las distintas cuestiones resueltas (conf. Fenochietto-Arazi: “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Comentado”, Ed. Astrea, 1993, Tº 1, pág. 941). En el mismo sentido es sabido que carece de contenido el escrito de expresión de agravios que no ataca concreta y frontalmente los verdaderos fundamentos del fallo (conf. C. 1era. Apel. San Nicolás, 29/4/71, LL, 143-100). Es que criticar no es lo mismo que disentir, ya que lo primero importa un ataque directo y pertinente a la fundamentación del fallo apelado, tendiente a demostrar los errores fácticos y jurídicos que éste pueda contener, mientras que lo segundo consiste simplemente en exponer que se está en desacuerdo con la sentencia recurrida (conf. CN. Civ., Sala A, 19/8/91, LL, 1992-A-487, nº 42). La expresión de agravios no es una simple fórmula carente de sentido (conf. CN. Civ., Sala H, 20/6/03, ED, 204-472) que ejercitada, traslada la competencia al tribunal de alzada (conf. C. 1era.

Civ. y Com. Bahía Blanca 29/2/68, LL, 131-698), sino que, como lo señala el art. 265 del C. Procesal debe contener una crítica concreta y razonada (conf. CN. Civ., Sala M, 27/9/00, ED, 191-414) de las partes del fallo que el recurrente considere equivocadas (conf. CN. Civ., Sala F, 18/7/96, LL, 1997-D-827, 39.612-S), indicando los supuestos errores u omisiones que la misma contiene así como los fundamentos que le permitan sostener una opinión distinta (conf. CN. Com., Sala A, 21/2/96, ED, 172-92); es decir, debe señalar punto por punto los errores que se atribuyen a la sentencia en grado, por los cuales se considera que el pronunciamiento es injusto o contrario a derecho (conf. CN. Civ., Sala A, 16/12/99, ED, 186-539). En la expresión de agravios deben refutarse las conclusiones de hecho y de derecho que motivan la decisión en grado, mediante la exposición de circunstancias jurídicas por las cuales se considera erróneo el pronunciamiento impugnado (conf. CN. Civ., Sala H, 20/6/03, ED, 204-472). Este es el criterio sostenido por esta Sala en numerosos antecedentes, entre ellos, CANE, Sala “B”, SDL Nº 20/2010 del 10/05/10.----------En síntesis, por los motivos desgranados, compartiré lo postulado por el primer votante, en cuanto a que se declare parcialmente desierto el recurso, en lo que respecta a este agravio (conf. arts. 268 y 269 del CPCC -conf. remisión del art. 73 de la ley XIV Nº 1-).----------

----3) Finalmente la demandada se agravia del acogimiento de la indemnización prevista en el art. 2 de la ley 25323, dado que entiende que no encuentran acreditados los presupuestos legales de procedencia, esto es, la extinción del contrato de trabajo y la mora del empleador en el pago, lo cual se produce al día siguiente de operada la extinción de la relación laboral o a los cuatro días hábiles de la misma. En la especie, añade, se omitió remitir la intimación fehaciente una vez extinguida la relación laboral, ya que se intimó al pago de la indemnización de ley en el mismo telegrama en el que el actor comunicó el despido indirecto (ver fs. 04 de la documental reservada).----------La norma del art. 2 de la ley 25323 establece en su primer párrafo: *“Cuando el empleador, fehacientemente intimado por el trabajador, no le abonare las indemnizaciones previstas en los arts. 232, 233 y 245 de la ley 20.744 (t.o. en 1976) y los arts. 6 y 7 de la*

ley 25.013, o las que en el futuro las reemplacen, y, consecuentemente, lo obligare a iniciar acciones judiciales o cualquier instancia previa de carácter obligatorio para percibirlas, éstas serán incrementadas en un 50%". Como se ve el objetivo de esta indemnización agravada no es el de resarcir los daños que produce el distracto en sí, sino que está orientada a reparar los perjuicios que sufre el trabajador como consecuencia de la falta de pago en tiempo oportuno de los rubros indemnizatorios que la LCT impone como consecuencia del despido. La ley pone de resalto el carácter alimentario de los créditos laborales y que los mismos sean satisfechos en forma inmediata sin que el trabajador padezca la pérdida de tiempo y los mayores gastos que implica el inicio de un proceso sea administrativo o judicial. Al leer la norma queda claro que las condiciones de procedencia para que se condene al empleador al pago de la multa estipulada son dos: a) que el accionante hubiera intimado a su empleador para que le abone las indemnizaciones derivadas del distracto; b) que ante la conducta reticente de este último, el trabajador deba iniciar las actuaciones administrativas o judiciales tendientes al cobro de las indemnizaciones no abonadas oportunamente. Por otro lado, teniendo en cuenta que la norma se refiere a la falta de pago de las indemnizaciones derivadas de los arts. 245, 233 y 232 (o las que en el futuro las reemplacen) indudablemente se está refiriendo a los despidos sin causa. Aquí se entiende que no hace falta hacer distinción a si el mismo fue directo o indirecto pues para ambos rige la reparación de los artículos de la LCT en cuestión. Y cuando la ley indica que el empleador debe ser fehacientemente intimado, se refiere al emplazamiento que el trabajador debe hacer contemporáneamente al despido para que ponga a su disposición las indemnizaciones derivadas del distracto (conf. Salpeter, Pablo y Pepe, Carlos: "Indemnizaciones tarifadas y agravadas", en Ackerman-Sudera: "Extinción de la relación laboral", Rubinzal-Culzoni Editores, 2008, págs. 637/639).----------Queda claro, entonces, que no existe óbice alguno en que la intimación se realice en el mismo telegrama en el que se comunica el despido indirecto, como ha ocurrido en la especie, más aún cuando la empleadora no abonó suma

alguna. Es por ello que también se rechaza esta última queja.----------

----III.- Por los motivos expuestos, corresponde confirmar el fallo apelado en todo cuanto fuera materia de agravio, con costas a la recurrente vencida (conf. art 57 de la ley XIV Nº 1, y art. 69 del CPCC -conf. remisión del art. 73 de la ley XIV Nº 1-).----------En cuanto a la regulación de honorarios por las tareas cumplidas en esta sede, atento la extensión y mérito de los trabajos realizados, así como el resultado del pleito, procede establecer los emolumentos del letrado apoderado de la demandada, Dr. S. I. G., en un 3,25%; y los del letrado apoderado del actor, Dr. D. L. T., en un 5,67%; en ambos casos sobre el monto total de condena a liquidarse en la etapa de ejecución de sentencia, con más el IVA (conf. arts. 5, 6, 8, 13 y 46 de la ley XIII Nº 4; y leyes 23349 y 23871).----------

----A la luz de todo lo expuesto, a la primera cuestión voto POR LA AFIRMATIVA.--------

----**A LA SEGUNDA CUESTIÓN** el Dr. Lucero dijo: ----------

----El pronunciamiento que corresponde dictar es el siguiente, a saber: 1) CONFIRMAR el fallo apelado en todo lo que fue materia de agravio. 2) IMPONER las costas de segunda instancia a la parte demandada vencida en ella. 3) REGULAR los honorarios de los Dres. S. I. G. y D. L. T., en las sumas respectivas equivalentes al 3,25% y 5,67%, del monto de condena que resulte de la liquidación que se efectúe en la etapa de ejecución de sentencia, con más el I.V.A. pertinente.----------

----------ASI LO VOTO.----------

----------**A LA SEGUNDA CUESTIÓN** el Dr. De Cunto dijo: ----------

----En atención al acuerdo arribado, el pronunciamiento que corresponde dictar es el propuesto por el Dr. Lucero, fiel expresión del mismo.----------

----Así lo voto.----------

----Con lo que se dio por terminado el acuerdo, dejándose constancia que la presente se dicta por dos miembros del Tribunal por haberse logrado la

VILMA NOEMI BIRRI
SECRETARIA DE CAMARA

mayoría (Art. 8º Ley V Nº 17), pasándose a dictar: ----------
---------- **S E N T E N C I A**: ----------

--- Y VISTO: Por los fundamentos del Acuerdo precedente, la Sala “B” de la Cámara de Apelaciones de la ciudad de Trelew; **RESUELVE**:----------
----------CONFIRMAR el fallo apelado en todo lo que fue materia de agravio.----------IMPONER las costas de segunda instancia a la parte demandada vencida en ella.--------REGULAR los honorarios de los Dres. S. I. G. y D. L. T., en las sumas respectivas equivalentes al 3,25% y 5,67%, del monto de condena que resulte de la liquidación que se efectúe en la etapa de ejecución de sentencia, con más el I.V.A. pertinente.----------

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

REGISTRADA BAJO EL N°_____DEL AÑO 2011 – SDL – CONSTE.-
cg

VILMA NOEMI BIRRI
SECRETARIA DE CAMARA