En la ciudad de Puerto Madryn, a los días de febrero del año dos mil trece, se reúne la Excma. de la Cámara de Apelaciones, con la Presidencia del Dr. Heraldo Enrique Fiordelisi y la asistencia de los Sres. Jueces de Cámara María Inés de Villafañe y Dr. Mario Luis Vivas, para celebrar acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **"J., A. F. y otro c/ P. M. T. C. s/ COBRO DE PESOS. LABORAL" (Expte. Nº 275 - Año 2012)** venidos del Juzgado Laboral Nº 1 (Expte. Nº 95/08), 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. 504.

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

1.

La sentencia de primera instancia hizo lugar parcialmente a la demanda y condenó al C. DE T. P. M. a abonar a A. F. J. y a M. F., previo los descuentos legales que correspondan, dentro del quinto día y mediante depósito judicial, la suma de pesos diecisiete mil setecientos treinta y seis con 52/100 ($ 17.736,52) a cada uno de ellos, comprensivo de los siguientes rubros y conceptos: a) Indemnización por antigüedad (5 años): $ 4.049,75, b) preaviso+SAC: $ 1.754,90 (más de 5 años de antigüedad, 2 períodos), c) Integración mes de despido (15 días del mes de marzo/07): $ 404,98, d) SAC 2005 y 2006: $ 1.619,90, e) SAC proporcional 2007: $ 166, f) Vacaciones no gozadas (16 días) +SAC: $ 561,55, g) Multa art. 1 ley 25.323 (100% a)): $ 4.049,75 h) Multa art. 2 Ley 25.323 (50% de a), b) y c)): $ 3.104,82 i) Multa ley 25972 (50% de a): $ 2.024,87, con más los intereses que determina. Impuso las costas por su orden y las comunes por mitades y fijó los honorarios

correspondientes a la perito contadora J. G. y al letrado L. A. N. por la representación y dirección letrada de la demandada, sin regular honorarios correspondientes a los letrados de la parte actora, teniendo en cuenta los pactos de cuota litis homologados en autos.

Para así resolver y en los términos en que quedó trabada la litis, analizó la prueba colectada a fin de determinar si existió relación laboral en los términos de los arts. 21 a 23 de la L.C.T. o si, se está a frente a una relación contractual.

Inicia remarcando que la presunción emergente de la prestación de servicios, en los términos del art. 23 L.C.T. debe entenderse limitada a los servicios bajo relación de dependencia, pues sólo éstos están contemplados en la tipificación legal del contrato y de la relación de trabajo (arts. 21 y 22 L.C.T.) y, que corresponde al juzgador, mediante el examen de los hechos cuestionados y la valoración de la prueba desentrañar la verdadera figura jurídica que prevalece en una determinada situación, atendiendo al principio de primacía de la realidad por encima de la calificación que pretendan las partes (arts. 390 y 481 y 477 C.P.C.C.).

Dijo que la existencia de una relación contractual entre las partes ha sido reconocida por ambas, difiriendo en el carácter que la misma poseía, si laboral o comercial, anticipando que la relación gozó de ambos caracteres, tanto sucesiva como concomitantemente, no resultando unívoca.

Analiza puntualmente las declaraciones testimoniales de socios y ex socios del club (P. (fs. 236) L. (fs. 238) G. (fs. 253) F. (fs. 255) S. (fs. 290) A. (fs. 351) F. (fs. 354) y valiéndose del principio de primacía de la realidad, tuvo por acreditado que la prestación de servicios denunciada, corresponde a una típica relación contractual entre las partes, de naturaleza comercial, en cuanto a las clases individuales o grupales, así como a los torneos organizados, la que configuraron a su criterio una típica locación de servicios autónomos.

En relación a la escuela de tenis, analiza otros extremos manifestando que los primeros contratos de concesión, no contemplan la existencia de una escuela de tenis correspondiente al P. M. T. C. (ver fs. 442/447) y que en el contrato suscripto el 01/03/2002, se señala, textualmente que el Sr. J. presenta "un plan de trabajo y entrenamiento de la Escuela de Tenis de la Institución con indicación de los objetivos y metas a alcanzar al fin de la temporada anual".

Ello la lleva a concluir que se está ante una escuela institucional, y no personal de los actores, y en relación a la cual se indica una proyección, control de objetivos y metas, por lo que con claridad, dice, puede visualizarse el trabajo personal de los actores en beneficio de una empresa ajena y por ende un trabajo en relación de dependencia, técnica, jurídica y económica en cuanto a dicha escuela desde el 01/03/2002, pues no tiene pruebas que la misma se haya iniciado con anterioridad a esa fecha, señalando que tal circunstancia, no cambia la caracterización que se ha hecho de la relación contractual mantenida en relación a las restantes clases de tenis y los torneos.

Señala que con posterioridad a ese contrato y hasta la finalización de la vinculación de los actores con la demandada, no se suscribió ningún otro, por lo que considera que el mismo mantuvo su vigencia, en idénticas condiciones, hasta que se produjo la desvinculación.

Agrega que habiéndose probado que el actor F. fue contratado por J. haciendo uso de la prerrogativa contenida en los contratos de concesión, entiende que se está frente a la figura prevista en el art. 28 de la LCT y, en consecuencia, considera a M. F. en relación de dependencia directa del P. M. T. C., desde el 01/03/2002.

Luego de ello determina como fecha del despido de los trabajadores, la del día 16 de marzo de 2007, en tanto que en las misivas libradas en esa fecha los actores afirman haber sido despedidos verbalmente, por lo que

considera que, a esa fecha, la relación laboral ya no se encontraba vigente, teniendo a aquélla como fecha del despido verbal atento no haberse invocado una distinta.

Como consecuencia, desestima las multas reclamadas con base en los artículos 8, 11 y 15 de la Ley 24.013; en vistas de que éstos prevén que la intimación a regularizar la relación laboral debe realizarse vigente ésta, acotando que la fecha por la cual la demandada fue intimada a regularizar, no se condice con la que se ha determinado en la presente sentencia como de inicio de la relación laboral por lo que la intimación, aún temporánea, hubiera sido improcedente.

En virtud del principio de iuria novit curia aplica la sanción prevista en el art. 1 de la Ley 25.323 para las relaciones no registradas cuya aplicación sólo requiere la comprobación de la inexistencia de registración de la relación laboral o su deficiencia y la existencia de indemnización por antigüedad.

Desestima la multa solicitada con base en el art. 9 de la ley 25.013 por cuanto no se trató de un despido incausado, como exige la citada norma, sino de una ruptura derivada de la negativa de la relación laboral (CNTrab., sala 4ª, "Alagastino, Juan J. v. Dávila 380 S.A.", 17/05/2007, Lexis Nº 70046110).

Rechaza la multa prevista en el art. 45 de la Ley 25.345, por cuanto las intimaciones extrajudiciales realizadas por telegramas de fecha 26/03/2007 (fs.428 y fs.429) resultan extemporáneas por anticipadas, en virtud de no haber respetado el plazo de espera exigido por el Dto. 146/01.

Admite la multa prevista en el art. 2 de la Ley 25.323 por considerar la inexistencia de una conducta eximente a su aplicabilidad y a la prevista por ley 25972 en la versión propuesta por el decreto 1433/05, vigente a la época del despido de los actores, conforme antecedentes de esta Cámara.

En cuanto a los rubros indemnizatorios, determina la mejor remuneración mensual normal y habitual de los trabajadores por una jornada laboral de 8

horas diarias, entendiendo, como lo hizo la perito contadora interviniente aplicable el CCT 462/06 U., fijando la remuneración al momento del despido, como de $ 809,95 compuesta por $ 667 salario básico 4 hs., más 10% de presentismo ($ 66,70) y $ 76,25 por antigüedad ($ 15,24 *año, *5 años).

Concluye reconociendo a cada uno de los actores la suma de $ 17.736,52 con más intereses conforme la tasa activa del Banco del Chubut S.A. por los rubros y concepto ya enunciados.

La sentencia fue apelada por la demandada a fs. 460, sus agravios se anexaron a fs. 476/484 y la respuesta de la contraria se agregó a fs. 486/491.

Por su lado la parte actora apeló a fs. 461, la expresión de agravios se incorporó a fs. 463/475 y la réplica de la demandada obra a fs.493/497.

2.

Los agravios de los actores A. J. y M. F.

La representación letrada de los actores inicia la critica a la sentencia señalando que se está en presencia de un caso de empleo no registrado o fraude laboral desde el inicio de la relación que uniera a las partes con la institución demandada y no sólo desde el año 2002 como consigna la sentencia.

2.1)

Cuestionan en su primer agravio la naturaleza jurídica de la relación laboral total. Transcriben la parcela de la sentencia donde la magistrada sostiene que el vínculo no fue unívoco y que sucesiva y concomitantemente fue contractual y laboral, señalando que ello no se corresponde con las constancias del expediente. Específicamente, analiza las declaraciones testimoniales rendidas, en cuanto a horarios, precios de las clases, quien cobraba y administraba el dinero, reemplazo de profesores, provisión de los

elementos, la vinculación entre los actores, cuestiona la valoración de la prueba pericial contable y la omisión de hacerlo respecto de documental. Señala que la magistrada concluyó en la naturaleza comercial de la relación respecto de las clases individuales, grupales y torneos organizados cuando todo ello estaba sujeto a las aprobaciones de la Comisión Directiva poniendo de manifiesto una clara contradicción en su razonamiento, para luego y en base a un instrumentos que había originado una Escuela de Tenis, que más allá de ser cierto o no, no tiene incidencia para modificar la relación que venían teniendo las partes, reconocer el vínculo laboral sostenido desde el inicio.

Aluden a que la partición de períodos comercial- laboral se apoya solo en la voluntad de la magistrada, por cuanto las funciones fueron siempre las mismas, propias de la calidad de profesores de tenis de la institución, sujetas a las condiciones fijadas contractualmente por la accionada.

Refieren que resulta inaplicable el art. 28 de la LCT en el vínculo entre los actores, pues al hacerlo reconoce que F. tenía vinculación directa con la institución.

Sigue la queja, con la desacertada aplicación del art. 23 de la LCT en la etapa primigenia definida por la jueza a quo como comercial, desde que justificado la prestación de servicios a la institución, esta tenía que probar que medió un vínculo distinto al laboral demandado; que ninguna referencia se hizo en la sentencia al monotributo que viene a ratificar la relación laboral no registrada desde su ingreso y que constituye la figura normalmente utilizada para el fraude laboral.

Avanzan en su crítica, en que los actores no tenían autonomía económica pues dependían de la retribución que en porcentaje, les pagaba la institución; tampoco se consideró que lo que caracteriza al vínculo comercial, es la ausencia de subordinación, independencia de trabajo desenvuelta en una organización propia en su propio ámbito físico y no

como en el caso en el marco de una organización empresarial ajena, lo cual significa iuris tantum inferir que la fuente es la relación de trabajo.

A criterio de los apelantes, la vinculación de los actores con el club demandado, reúne las características típicas del contrato laboral por estar configuradas la triple subordinación (técnica, económica y jurídica), la exclusividad y la permanencia, los que analiza.

Critica también en este agravio, la fecha que determina la magistrada como fecha de despido el día 16 de marzo de 2007. Asumen que se aludió por error en las cartas documentos al despido verbal, pero que ello es irrelevante ante la negativa de la relación laboral señalando por otro lado que se tornan innecesarios los plazos legales tanto para las multas de la ley 24013 como para la entrega de certificado de trabajo frente al desconocimiento del vínculo laboral.

2.2)

En el segundo agravio se quejan de la desestimación de las multas de los arts. 8, 11 y 15 de la ley 24.013.

Argumentan que en el intercambio epistolar agregado al expediente, se cumplieron todos los recaudos que requiere la normativa aplicable y que la respuesta de la demandada fue la negativa al vínculo laboral por lo cual el despido verbal, no se corresponde con aquel ni con la voluntad de las partes, desde que el despido solo puede darse en el marco de una relación laboral reconocida. Frente a la conducta asumida por la demandada dicen, los plazos legales dejan de tener efecto, pues ningún sentido tiene esperar los mismos, señalando que los actores se consideraron despedidos con fecha 26 de marzo de 2007.

Refieren que debe revocarse la sentencia en cuanto a la fecha de ingreso admitida en la sentencia como de inicio de la actividad laboral la que dicen esta probado fue en los años 1993 y 1995.

Dicen también que aunque la fecha fuera errónea, ello es irrelevante porque la falta de registración habilita la aplicación de la multa y que no tiene sentido fundamentar el rechazo de la multa porque la relación laboral no estaba vigente, cuando la misma había sido negada en su existencia por la demandada.

2.3)

En el tercer agravio cuestiona el rechazo de la multa prevista en el art. 45 de la ley 25.345. A esos fines destaca que no es necesario respetar los plazos que prevé el Dto 146/01, cuando la relación laboral ha sido negada tal como sostiene la doctrina y jurisprudencia vigente.

2.4)

El cuarto agravio esta destinado a cuestionar la imposición de las costas en el orden causado. Sostienen que los actores han tenido buena fe en el reclamo y en lo medular se ha reconocido el trabajo no registrado, solicitando se revoque la sentencia en el punto y se condene a la entrega de certificado de trabajo bajo apercibimiento de astreintes.

3.

Los agravios del P. M. T. C.

3.1)

El primer agravio que expresa la demandada se sostiene en que la sentencia se aparta de la plataforma fáctica propuesta por las partes para la decisión violando de tal modo el principio de incongruencia, fallando extra petita. Añade, que en modo alguno han traído las partes resolver una relación entre los actores y la demandada que permita el parcelamiento que se hace en el decisorio, distinguiendo distintas actividades (clases

individuales, grupales y torneos por un lado y escuela institucional por el otro) y por ende más de una vinculación.

Transcribiendo partes de la sentencia, dice que la valoración de la prueba llevó al juez a decidirse por la inexistencia de una relación laboral en el marco litigioso tal como le fue dado por las partes en demanda y contestación, por lo que el giro que luego hace para declarar la existencia de una "escuela institucional" queda vacío de fundamentación, desde que en ningún momento las partes han referido a una actividad de tal naturaleza.

3.2)

Se agravia también, porque en la sentencia se infracciona las normas de la LCT. Alude al contenido de los arts. 21, 22 y 23 en el sentido que la subordinación -manifestación de la relación de dependencia- tiene importancia desde que decide el contrato de trabajo y la relación de trabajo y hace operativa la presunción del art. 23 de la LCT.

Con cita en doctrina y jurisprudencia del STJCH dice que la presunción del art. 23 de la LCT debe estar limitada a los servicios en relación de dependencia, pues solo estos están contemplados en la tipificación del contrato de trabajo y de la relación de trabajo; que otra nota distintiva es la ajenidad en la prestación de la labor esto es que no asume riesgos.

4)

<u>Tratamiento de los agravios</u>

4.1)

Liminarmente, resulta menester señalar que en la parte dispositiva de la sentencia en crisis, se admitió parcialmente la demanda y se condenó al C. DE T. P. M., cuando la persona jurídica demandada y que se presentó a juicio fue la Asociación Civil "P. M. T. C.", sin perjuicio de lo cual tal yerro

no ha sido materia de agravios por ninguna de las partes involucradas en este proceso.

Por otro lado, razones de método y en atención a las quejas expuestas supra, abordaré su análisis resolviendo en primer lugar el vicio de incongruencia achacado a la sentencia para resuelto ello, establecer la naturaleza del vínculo sostenido por las partes, luego y de corresponder, me expediré sobre la cuestión de las multas desestimadas en la sentencia de grado y las costas.

4.2)

Ingreso al tratamiento de los agravios memorando que la sentencia puede ser entendida como el acto procesal conclusivo mediante el cual el órgano jurisdiccional resuelve la causa, sea que juzgue el fondo del asunto, sea que lo haga sobre cuestiones previas que puedan impedir un juicio sobre el fondo. Además, el juez, por medio de la sentencia, debe dar respuesta a las cuestiones que los litigantes han planteado con base en los argumentos y razones que ellos le han sometido a consideración y decisión.

Ahora bien, la estructura de la sentencia requiere de una fundamentación que el juez debe realizar, precisamente, en los "considerandos" de la resolución; en esta parte, el juez funda su decisión explicando los motivos o razones que la justifican y la génesis de ellos, debiendo incluirse: a) una reflexión selectiva y por separado sobre los hechos indicados en los "resultandos", ordenados por su relevancia, igual que la prueba; b) la comprobación de los hechos por medio de la meditación de la prueba a fin de determinar cuáles de los invocados por las partes serán tomados por válidos; y c) la subsunción jurídica. (Frondizi, Román Julio, "La sentencia civil", La Plata, Librería Editora Platense S.R.L., 1.994, pág. 2 y sgtes.).

Por su lado el deber de fundar del juez tiende, sin duda, a excluir decisiones irregulares y a lograr que la sentencia sea razonada derivación del derecho

vigente con particular referencia a las circunstancias comprobadas de la causa y no producto de la voluntad del magistrado, vinculado ello al principio constitucional del debido proceso, de la garantía de la propiedad privada y de los principios de legalidad y de razonabilidad.

Es claro también que, en virtud del principio de congruencia que debe ser respetado en toda resolución judicial, la sentencia apelada contiene y decide las cuestiones deducidas por las partes de conformidad a lo preceptuado por el art. 165 inc. 6to del C.P.C.C.

El núcleo dirimente del presente conflicto de intereses y su correspondiente solución jurisdiccional se encuentra en determinar si el vínculo que unió a las partes fue de naturaleza laboral o bien se ajustó a los sucesivos contratos nominados por las partes como de uso de las instalaciones para el desarrollo de la enseñanza de tenis en los distintos niveles de aprendizaje (fs. 442/ 445, 446/447) y como de concesión de clases de tenis y actividades afines (fs. 448/ 450).

Las partes concuerdan, que ha sido un desacierto de la sentencia, considerar que la actividad desarrollada por los actores tuvo un punto de inflexión a partir del reconocimiento plasmado en el instrumento (fs. 449 vta) donde se consigna la existencia de una Escuela de tenis de carácter institucional por el cual, a criterio de la sentenciante, el vínculo de los actores mutó a una relación de dependencia laboral, aún cuando mantuvo la caracterización de la relación de carácter comercial en cuanto a las restantes clases de tenis y los torneos.

Obviamente, sobre la base que la actividad cumplida por los actores fue siempre la misma, el objetivo de ambas partes es borrar tal límite para modificar la parcelación del vínculo: la actora para retraer la dependencia laboral desde el inicio y la demandada para proyectar el trabajo autónomo hasta la finalización. Los fundamentos para los actores es la desacertada valoración de la prueba respecto del tema a decidir mientras que la

demandada alude a que la incorporación de un hecho no alegado por las partes, provoca la violación del principio de congruencia.

No comparto la posición de la parte demandada. Estoy persuadida que la magistrada de grado no alteró los términos de la litis que debía decidir pues no modificó la plataforma fáctica que limitaba su análisis, esto es no introdujo un hecho que no había sido postulado.

Por el contrario, controvertido entre las partes la naturaleza del vínculo que las unió, sobre la base de los hechos expuestos y la documental acompañada para sostenerlos, subsumió o encuadró aquellos a la norma jurídica que entendió aplicable. Tal calificación jurídica, delegada como facultad-deber del juez, opera sólo sobre el objeto litigioso, esto es excluyentemente por lo afirmado y contradicho por las partes, sin que puede variarlo o alterarlo.

Las partes describieron las tareas cumplidas por los actores, se aportaron los contratos celebrados con J. y mientras con ellos la demandada sostiene sus plenos efectos para desvirtuar la relación de dependencia argüida, los actores los erigen como evidencia del fraude laboral achacado al Club de Tenis.

En tal contexto de los hechos expuestos y la prueba acompañada, nada impedía a la Magistrada calificar jurídicamente el vínculo del modo que lo hizo. No existe entonces, desde esa perspectiva, quebrantamiento del principio de congruencia, pues la existencia de una Escuela, punto de partida para la vinculación laboral establecida en la sentencia y más allá de los efectos jurídicos que le otorgó la magistrada de grado, ha estado presente en el relato de los hechos y en la documental aportada por las partes.

4.3

En los términos de los agravios expuestos supra, lo antedicho no impide analizar si la parcelación de la actividad cumplida se ajusta a las constancias probatorias verificadas, o por el contrario si la totalidad de ella se ajustó a una relación de trabajo en dependencia o bien la vinculación de los actores se desarrolló en forma autónoma.

Está reconocido por las partes que A. J. y M. F. resultaron profesores de tenis en el P. M. T. C. La vinculación del primero, conforme el contrato por él reconocido en la absolución de posiciones, se generó el 9 de noviembre de 1993 mientras que M. F. se incorporó en el año 1995, dato fáctico sostenido en la demanda y respecto del cuál, no se ha producido prueba en contrario.

En cuanto a la actividad cumplida ambas partes son contestes en sostener que desde el comienzo hasta la finalización de la vinculación, A. J. y M. F. dictaron clases de tenis individuales, grupales y participaron en la organización de torneos tanto internos como abiertos.

Deberá entonces determinarse, en función de la crítica de los apelantes cuál ha sido la naturaleza de la relación que, durante el largo período de tiempo, vinculó a las partes, con prescindencia del dato fáctico, Escuela de Tenis institucional o de la Institución, que vehementemente las partes coinciden no tuvo los efectos jurídicos que la magistrada de grado le ha otorgado.

El art. 23 de la LCT establece una presunción acerca de la existencia de un vínculo subordinado de trabajo, siendo la misma iuris tantum, por lo cual puede ser desvirtuada por prueba en contrario. La misma requiere que se trate de servicios prestados bajo relación de dependencia, esto es, actos realizados y prestados a favor de la otra parte y bajo su dependencia. Por ello negada en la presente causa la relación de dependencia, no basta con demostrar la existencia de servicios, sino que debe acreditarse que se prestaron bajo la relación de dependencia para que resulte aplicable la presunción, pues sólo son estos los contemplados en la tipificación legal del

contrato y la relación de trabajo (STJCH "B., V. V. c/ F.L.L." (Expte. Nº 14.941-B-1994) SI Nº 197/94).

Determinar si ha existido o no relación de trabajo, es decir, desentrañar la verdadera figura jurídica que prevalece, ha de depender del examen de los hechos cuestionados, de las relaciones existentes entre las partes y de las circunstancias particulares que se hayan acreditado.

Era carga de los actores probar el presupuesto de hecho (prestación de servicios en relación de dependencia) de la norma invocada (art.23 LCT) como fundamento de su pretensión (art. 381 CPCC), luego de ello resultará operativa la presunción y recién allí corresponderá analizar si se dan algunos de los supuestos previstos por el segundo párrafo (figuras no laborales) que invocara la contraria.

En los términos de la LCT, aún cuando no la define, la prestación subordinada de labor se caracteriza por la vinculación jerárquica entre el dador de trabajo y quien lo presta (art. 5to), con sujeción a instrucciones que se le impartan o pudieren impartírsele (art. 27) y las facultades de organización y dirección con que cuenta el empleador (arts.64 y 65) ejercidas con carácter funcional y dentro de los límites que le impone la ley.

Han sido la doctrina y la jurisprudencia quienes han ido estableciendo las notas tipificantes aludiendo a la subordinación técnica, jurídica y económica realzando unas o relativizando otras, denotando que el requisito de la dependencia lejos de constituir una noción terminante y precisa, se identifica con frecuencia con la existencia de indicios variados, que son objeto de valoración en cada caso concreto.

En el caso, asumen los actores que la subordinación técnica y por la condición de profesores de tenis es un factor atenuado; sin perjuicio de ello aducen que está demostrado por las actas, contratos y testimonios, que más allá de la sugerencia para la fijación de los horarios, era la Comisión Directiva quien daba las directivas y decidía; la subordinación económica

surgiría de la periodicidad y homogeneidad del pago que se efectuaban a los actores, a los que se les exigió que se inscribieran como monotributistas lo que evidencia que no existía dependencia entre ellos, reportando a la institución separadamente; en cuanto a la subordinación jurídica en tanto los actores cumplieron su actividad dentro el establecimiento de la institución, sin apercibimiento alguno por incumplimiento de horarios y fundamentalmente porque carecían de asunción de riesgo alguno con su tarea, que era propia de la institución, aluden también a la exclusividad y a la permanencia.

Valorada la prueba aportada por las partes, no advierto que la queja logre conmover lo sostenido en la sentencia de grado en cuanto a la autonomía de los profesores para desarrollar su actividad docente, la subordinación técnica se encuentra en el caso ausente o desdibujada y como ya he señalado, es una nota que conforme los sujetos involucrados, no es definitiva para justificar la dependencia alegada.

En cambio, sí debe existir la subordinación jurídica que implica estar sometido a las pautas organizativas del empleador, quien decide y fiscaliza los distintos aspectos de la relación. "…la "dependencia laboral" es en realidad la que se caracteriza por la subordinación jurídica consistente en el ejercicio real o potencial, por parte de quien recibe la prestación -el empleador- de facultades de mando que deben ser obedecidas por el trabajador (art. 86 y conc). (Rodríguez Mancini "Ley de Contrato de Trabajo" T. II pág 15. Ed.La Ley, Bs. As.2007) En este sentido, los actores no han logrado demostrar que fuera la demanda quien las fijara sino que, por el contrario, ha quedado acreditado que era J. quien proponía, sugería o modificaba horarios, quien diagramaba las clases y quien decidía los docentes a cargo y los reemplazos tornándose en un hacer fungible, sin que pueda relativizarse tal condición. Si la decisión de cubrir la clase estaba en cabeza del Sr. J., poco aporta si lo hizo una o en varias oportunidades, esa

factibilidad da cuenta que la realización del trabajo no era personal y podía ser suplido por otra persona a criterio de aquél. Tampoco se acreditó que fuera el Club quien asignaba los alumnos a determinadas clases, quedando a su arbitrio quien se anotaba para tomar los cursos, con el único requerimiento, avanzada la relación, que los alumnos debían ser socios de la institución.

En lo que refiere a la supuesta falta de subordinación económica, esta abarca dos aspectos distintos: por un lado el pago de una retribución por los servicios prestados, y por el otro, la inmersión del trabajador en la organización empresaria de otro, lo que demuestra su "ajenidad" al riesgo empresario.

En el sublite el primer aspecto no se acreditó. La parte asigna relevancia a quién cobraba y administraba el dinero como nota para justificar la dependencia económica y luego que del expediente surge la periodicidad y homogeneidad del pago.

Comparto con la demandada que la circunstancia que los alumnos abonaran el arancel a las secretarias y /o en el buffet del Club no es suficiente para acreditar la relación laboral denunciada. Conforme las planillas de rendiciones que tengo a la vista para este acto (con especificación de los alumnos y o participantes de los torneos, fecha de pago y distribución de los porcentajes), percibidas las cuotas sociales y las que se correspondían con las clase de tenis o aranceles de torneos, el Club retenía el porcentaje acordado (que varío en el tiempo entre el 10 y el 25% de los ingresos producidos por sendas actividades) y se entregaban indistintamente al Sr. J. o al Sr. F., firmando la recepción para posteriormente otorgar los recibos oficiales. Tal modalidad en la percepción, estaba acordada por las partes.

Por otro lado, no puedo soslayar la circunstancia que los docentes siempre obtuvieron el mayor porcentaje en la distribución de los ingresos brutos, sin

perjuicio que en el escrito de demanda se han invertido los mismos, asumiendo que ha sido un error involuntario de las partes.

El salario es la retribución del trabajador dependiente que constituye la ventaja patrimonial o ganancia que recibe como contraprestación del trabajo subordinado y que es conocido y cierto para las partes. Tal el carácter conmutativo de la remuneración, que se contrapone con el carácter aleatorio que primó en la vinculación entre las partes de este juicio y que descarta el principio de ajenidad en el riesgo que caracteriza a la relación de dependencia. Aquel principio de conmutatividad es nota esencial del contrato de trabajo por lo que la aleatoriedad no podría aceptarse si constituyera el total de la remuneración. "El contrato de trabajo es, como se ha visto, un contrato sinalagmático. Dentro de este género, pertenece a la especie de los denominados contratos conmutativos en los que por oposición a los aleatorios, la magnitud del sacrificio o la ventaja que se deriva del contrato para cada uno de los contratos resulta cierta o determinable desde el inicio. … Del carácter conmutativo del contrato de trabajo se desprende una de las características esenciales del salario: su determinabilidad. … Esta nota se vincula con el concepto de ajenidad del trabajador a los riesgos y a los resultados de la empresa, que es inherente al contrato de trabajo. De allí que no es admisible que el salario esté sujeto a una aleatoriedad total…." (Ackerman- Tosca Tratado de Derecho del Trabajo Tomo III pág. 255/ 256. Ed Rubinzal-Culzoni, Sta Fe 2008).

No advierto que la magistrada de grado incurriera en una desacertada valoración de la prueba rendida en autos, por el contrario si debo señalar que los actores procuran identificar al testigo S. (fs. 290) como alumno, cuando expresamente éste señaló que nunca tomó clases y que pretenden en los agravios cuestionar la idoneidad de los testigos P. (fs. 236/237 vta) L. (fs. 238/239 vta), cuando debieron hacerlo en la oportunidad procesal prevista en el art. 34 de la Ley XIV Nº 1.

Luego de todo lo expuesto, y tal como anticipara al iniciar el tratamiento del agravio desde la perspectiva de los actores, soy del criterio que no han logrado acreditar que la prestación de servicios no cuestionada por la contraria, lo fue en relación subordinada al Club demandado.

Por el contrario, estoy persuadida que desde el inicio de su vinculación, el Sr. A. J., celebró con el P. M. T. C. sucesivos contratos cuyo objeto era la concesión del uso de las canchas de tenis para la enseñanza del deporte.

En virtud de esos contratos de concesión privada, innominado según lo preceptuado por el art. 1143 CC, una parte se obliga a otorgar autorización a otra para la explotación de un servicio que desea prestar a terceros, obligándose ésta otra, a realizar la explotación en su propio nombre, por su cuenta y riesgo por tiempo limitado y bajo el control de aquella. "En cuanto a la denominada concesión privada cabe señalar que el concedente controla la actividad del concesionario desde el punto de vista de la calidad del servicio brindado por el concesionario, como los precios que se cobran, la limpieza, la prontitud, las opciones posibles, etc. De esta manera el control se refiere al servicio en si mismo y a la satisfacción de los clientes, socios o asociados: No hay en principio, un control de la conducta personal del concesionario que permita sustentar la configuración de la subordinación jurídica. Ahora si ella se configurara, en los hechos el concesionario sería un trabajador dependiente en el sentido del artículo comentado" (Rodríguez Mancini "Ley de Contrato de Trabajo" T. II pág 154. Ed.La Ley, Bs. As.2007). "…este tipo de concesión consiste en servicios. Como tales han sido confundidos con el contrato de trabajo, pero ello no puede ocurrir si se definen con claridad los elementos típicos: ausencia de subordinación jurídica, técnica y económica, que son propios del vínculo laboral y que no existen en la concesión. La concesión es una empresa que asume el concesionario a su propio riesgo. El control que ejerce el concedente es similar al del contrato laboral, pero la jurisprudencia lo ha distinguido. En

la concesión, en control se refiere a los bienes dados al concesionario y en los precios y calidad que este suministra a los terceros. De tal modo, el control se refiere a los bienes y a los clientes. En cambio en el contrato laboral el control que funda la subordinación jurídica es la conducta del trabajador". (Lorenzetti "Tratado de los Contratos " T I pág. 667/ 671 .Ed. Rubinzal- Culzoni Sta. Fe, 2004).

Los actores han insistido al promover la demanda y lo reiteran en sus agravios que la figura contractual adoptada por las partes importan el fraude a las normas laborales. No hay razones para presumir ello, por el contrario no tengo ningún indicio que me permita inferir que el acuerdo de voluntades celebrado por A. J. y el Club demandado se encuentre viciado o que el coactor no actuara en la celebración de los mismos con discernimiento, intención y libertad. No sólo porque no se lo ha alegado, sino porque a lo largo de su vinculación desde el año 1994, los referidos contratos se fueron modificando en sus cláusulas, adaptándose a los requerimientos y necesidades de las partes, sujetándose la actividad desplegada a ellos sin que se haya generado situación alguna que exteriorizara un mínimo desacuerdo con el marco jurídico al que se sometieron los co contratantes.

La decisión de convocar a la presentación de proyectos para el desarrollo de actividades deportivas, servicios de clases y escuela de tenis, tuvo respuesta por parte del co actor J. A esos fines, presentó un proyecto reconocido en su absolución de posiciones (15° posición) en fecha 24 de enero de 2007, el que tengo a la vista en este acto.

De sus antecedentes laborales surge que no le era extraña la figura contractual adoptada para vincularse con el P. M. C., en el año 1997 crea la empresa de servicios deportivos P. S. G. con desempeño simultáneo en el P. M. T. C. y en el S. L. G. C. de C. R. y que resulta fundador y presidente de la

F. P. I. ONG abocada al desarrollo del deporte y las actividades deporturísticas cuyo programa base es el “C. P. de T.".

Acompañó al referido proyecto, su visión respecto a las condiciones básicas para el desarrollo de actividades deportivas, servicios de clases y escuela de tenis expuestas por la Comisión Directiva, aportando desde su asumido carácter de concesionario, una opinión que lejos está a mi criterio, de responder a la nota de subordinación jurídica que caracteriza la relación de dependencia invocada en este proceso.

Ya en el marco del proyecto estratégico presentado para ser evaluado por la Comisión designada por el Club a esos fines, señala los logros obtenidos entre los que destaco: “consolidación de un grupo de trabajo con profesionales a cargo de acabada experiencia y trayectoria: A pesar de que quien gestiona la concesión es el que suscribe, trabajan a la par mío el Profesor de Tenis M. F., ya con 11 años de antigüedad en el Club y el Profesor de Educación Física P. Á. con 7 años en nuestro grupo de trabajo a cargo de los grupos Iniciales”; “Permanencia de la actividad durante los 365 días del año… nuestro logro fue que el club brindara el servicio a lo largo de los doce meses del año… otro beneficio que se desprende del trabajo de verano radicó en la permanencia de un ingreso por porcentaje de actividades deportivas en meses de baja para el mantenimiento administrativo el club...“. En el área de torneos y actividades internas señaló “Desde que tomé la organización de las actividades internas y eventos en el año 1994, el club contó con los siguientes beneficios: Calendario anual de torneos de diferentes tipo, categoría y niveles: Todos los años se presentó al inicio de cada uno un calendario de torneos que se respetó y mejoró a lo largo de los mismos; aludió allí también a la frecuencia mensual de torneos internos “ dando a los asociados siempre un servicio superador en la organización de eventos” destacando que los beneficios para el Club se dieron por una combinación de arduo trabajo de

quienes están a cargo y las acertadas decisiones de las Comisiones Directivas respecto del Departamento Deportivo.

Ya en la propuesta económica y en defensa de la relación 80% para los profesores y 20% para el club, quiero resaltar un punto recurrentemente negado por los actores. Al reconocer que el nivel de ingresos no resultaba exagerado y que se correspondía con su condición de profesionales y con las horas entregadas al trabajo, admiten que el promedio de gastos por impuestos, vestimenta, insumos, pelotas, cuerdas ronda el 50 % de lo recaudado, lo que da por tierra que estos últimos corrían por cuenta del Club. También da cuenta la ausencia de subordinación económica el reconocimiento que "se han visto en la obligación de abaratar costo para mantener la matrícula".

Con todo lo expuesto, no puedo menos que concluir que J. en momento alguno de su vinculación con el Club se ha visto comprometido en la libre elección de la alternativa contractual asumida y que M. F. formó parte de ese grupo de trabajo por decisión del concesionario, en uso de las facultades que los referidos contratos le otorgaban.

No tengo elemento probatorio alguno del que pueda inferir que se ha simulado una relación de trabajo en fraude a las normas protectorias del derecho laboral y aún cuando no es dado interpretar la conformidad de los actores a las condiciones de la contratación, como una resignación de derechos (art. 12 LCT), no es menos cierto que la convocatoria efectuada por el Club a presentar proyectos, lo que implicaba tácitamente una ruptura del vínculo, no tuvo ni en J. ni en F. otra reacción que la de -con las consideraciones expuestas previamente en el proyecto-, presentarse a la convocatoria. *"Si bien es cierto que el silencio del trabajador no puede ser concebido como renuncia a sus derechos, también lo es que tal principio cede a la exigencia de seguridad jurídica, por una parte, en atención a las circunstancias relativas a las personas y por otra, cuando ha transcurrido tiempo suficiente para*

entender que la situación ya ha sido consentida(CS, "Zorzin, Víctor c. YPF SA" del 11/6/98 en TySS, 1998-775- DT, 1998-, 1652- esta sala in re "Contreras Carlos c. Ramírez/ Despido" SD 73668 del 12/3/99). Entiendo que ello resulta aplicable al caso de autos, en el que se invoca una relación de cinco años sin reclamos de ninguna especie, por lo que estamos ante una excepción a lo previsto en el art. 58 de la ley de contrato de trabajo." (CNAT Sala I, "Martínez Demecio A c/ Ursino Luis" DT, 2001-A, 446).

La comunicación de fecha 19 de febrero de 2007 con la que le informan a J. el orden de mérito en la evaluación de aquéllos y que el por él presentado estaba en el tercer lugar, es el desencadenante del intercambio epistolar donde se invoca una relación laboral subordinada.

Hasta ese momento y a lo largo de los trece años de vínculo, no medió por parte de los actores ninguna conducta destinada al reconocimiento de la relación de dependencia y tampoco resistieron judicial o extrajudicialmente la convocatoria a presentar proyectos los que, insisto, llevaban implícitamente la posibilidad que la evaluación les fuera adversa.

Concluyo esta parcela de mi voto, resolviendo que conforme el plexo probatorio reunido no se puede proyectar en autos, la presunción que dimana del art. 23 de la LCT, como procuran los actores, porque si bien se ha reconocido la prestación de servicios de J. y F., no se ha probado que la misma responda un vínculo de carácter dependiente, sino que se fundaba en una vinculación de carácter civil, concesión privada del uso de las canchas de tenis para la enseñanza del deporte, carente de las notas típicas de la subordinación laboral y en la cual A. J. era el concesionario y el Sr. F. formaba parte de los auxiliares que el contrato le autorizaba a contar para cumplir su objetivo. "Los acuerdos firmados dentro el marco librado a la autonomía de la voluntad de los litigantes deben interpretarse a la luz del principio de buena fe y de conformidad con lo que verosímilmente

entendieron o pudieron entender los firmantes obrando con cuidado y previsión (art. 1198 CC y 63 LCT" (CNT Sala VIII. "D. J.M. c/ B.N.A.").

4.4)

No acreditada la vinculación laboral argüida, deviene en abstracto ingresar a los restantes agravios introducidos por la parte actora, en relación a las multas desestimadas y la imposición de las costas.

5)

Conforme he votado, propondré al Acuerdo la revocación de la sentencia de grado con el consecuente rechazo de la demanda impetrada por A. J. y M. F. contra el P. M. T. C.

a) El art. 282 impone la readecuación de las costas y honorarios cuando la sentencia fuese revocatoria de la de primera instancia, por lo que en virtud de ello y frente al rechazo de la demanda corresponde imponer las costas de la primera instancia a los actores vencidos (art. 57 Ley XIV Nº 1 y art. 69 CPCC). Los honorarios de los profesionales que han intervenido en representación de la demandada, en la del coactor M. F. (quien no ratificó en autos el pacto de cuota litis de fs. 5) y los de la perito contadora, se establecerán sobre el monto del proceso el que estará comprendido por el capital e intereses y demás accesorios siguiendo el criterio del STJCH en autos "L., E. G. c/ S., R. s/ Sumario (daños y perjuicios)" (Expte. Nº 21.836-L-2009), Registrada bajo el Nº 03/S.R.E./2011 y considerando las pautas mensurativas previstas por la ley arancelaria en cuanto al mérito, extensión y resultado obtenido (arts. 5, 6, 38 y 60 Ley XIII Nº 4 y mod.). A los letrados del co-actor A. J. no corresponde se les regulen honorarios en virtud del pacto de cuota litis suscripto a fs. 6 y homologado a fs. 234 (conf. art. 4, Ley XIII Nº 4 y su doctrina).

b) Las costas en esta instancia se imponen a los actores y los honorarios serán regulados, en porcentaje sobre los montos que resulten en la primera instancia (arts. 5 y 13 de la ley arancelaria) y considerando las pautas de valoración del desempeño profesional ya indicadas.

Conforme mis argumentos, voto a la primera cuestión, por la **NEGATIVA.**

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

1) Antecedentes y Agravios.

La Sra. Jueza de Cámara María Inés de Villafañe ha desarrollado al comenzar su voto los antecedentes del presente proceso, los postulados y fundamentos de la sentencia en crisis y las quejas esgrimidas por los recurrentes como sustento del recurso que se les concediera. Por lo tanto, encontrándose cumplimentados los recaudos de ley, corresponde me aboque directamente al tratamiento de los agravios de los apelantes.

2) Tratamiento de los agravios.

Atento lo resuelto en la sentencia recurrida, las quejas vertidas por la parte actora -quien pretende que toda la relación mantenida con la demandada quede encuadrada dentro del derecho del trabajo- y los agravios de la parte demandada, quien sostiene que la relación habida con los actores en modo alguno implicó una relación de dependencia que pueda configurar un contrato de trabajo, es para mí esencial tratar en primer lugar y resolver si la sentencia ha violado el principio de *congruencia* -como afirma la parte demandada en su queja- y si entre las partes existió o no un contrato de trabajo en relación de dependencia. Sólo una vez cumplimentado ese paso, se podrá decidir si corresponde o no avanzar con el análisis de los demás agravios vertidos por la parte actora.

2.1) <u>La sentencia y el principio de congruencia</u>.

La Magistrada a quo concluyó en su sentencia que la relación entre las partes gozó de ambos caracteres, esto es, "comercial" en una primera etapa y "laboral" en el último tramo de su vigencia. En efecto, afirma que desde el comienzo la relación entre las partes fue contractual, *"…una típica locación de servicios autónomos…"* (fs. 454 vta.). Pero más adelante agrega que *"…en relación a la escuela de tenis, deben analizarse otros extremos…"* (fs. 455 in fine) *"…los primeros contratos de concesión no contemplan la existencia de una escuela de tenis correspondiente al P. M. T. C… Sin embargo, en el contrato suscripto el 01/03/2002, se señala textualmente que el Sr. J. presenta "un plan de TRABAJO Y ENTRENAMIENTO de la Escuela de Tenis de la Institución… Estamos, entonces… ante una escuela institucional, y no personal de los actores… por lo que con claridad puede visualizarse el trabajo personal de los actores en beneficio de una empresa ajena y por ende un trabajo en relación de dependencia, técnica, jurídica y económica en cuanto a dicha escuela, y desde el 01/03/2002, dado que ninguna prueba tengo de que tal Escuela de Tenis haya dado inicio con anterioridad a esa fecha…"* (fs. 455 vta.).

Además de lo que acabo de transcribir, del texto de la sentencia en crisis surge que la Sra. Jueza a quo consideró que ha existido una actividad diferenciada cumplida por parte de los actores a lo largo de su relación, es decir, no hubo una actividad única cumplida por ellos. Concretamente: según la sentenciante, desde el comienzo de la relación hasta el 01 de Marzo de 2002 no existió contrato de trabajo ni relación de dependencia, pero a partir de esa fecha se concretó entre las partes un contrato laboral en relación de dependencia.

Ante esta diferenciación de la actividad que surge de la sentencia, corresponde remitirme a los hechos invocados y denunciados por las partes. Advierto, por ejemplo, que a fs. 408 la parte actora ha dicho

claramente que*"…La actividad de los actores siempre fue la misma, desde el ingreso hasta su egreso…"*. Esto lo ratifica en su expresión de agravios cuando a fs. 467 in fine/y vta. dice: *"…Y en que argumentos se apoya la sentenciante, para definir una relación comercial en un tramo, y laboral en otro, lo funda en un instrumento que habría originado una Escuela de Tenis, que más allá de ser o no cierto, ninguna incidencia tiene en la relación que venían teniendo las partes desde las fechas del ingreso acreditado a la institución… La actividad de los actores en nada fue innovada siempre hicieron su actividad como profesores de tenis… La partición de períodos comercial-laboral, se apoya solo en la voluntad de la jueza a-quo, por cuanto las funciones fueron siempre las mismas…"*. A su vez, la parte demandada ha sido muy clara al decir a fs. 477: *"…La existencia de una relación laboral ha sido esgrimida por los accionantes desde una única labor que comprende de acuerdo a su relato la totalidad de la actividad que llevaron a cabo en el ámbito de la institución demandada… No refirieron los actores al relatar los hechos, la realización de actividades distintas que permitan la calificación como comercial o laboral según el origen o modo en el cual fueron llevadas a cabo, Tampoco la demandada esgrimió una situación de tal naturaleza*; lo que se complementa con su exposición vertida a fs. 477 vta., al decir: "*…Ni los actores en su demanda, ni la accionada en la contestación de la misma, se reitera, han esgrimido actividades diferenciadas…"* y a fs. 479 cuando expresa: *"… el giro posterior que realiza para declarar la existencia de una relación laboral respecto de una "escuela institucional" queda vacío de fundamentación. Y no puede ser de otra manera desde que en ningún momento durante el relato de los hechos se han referido las partes a una actividad de tal naturaleza…"*.

Lo dicho es más que suficiente para tener muy en claro que ambas partes están aquí contestes en que la "actividad" desarrollada por los actores en las instalaciones de la demandada fue siempre la misma (actividad única), no correspondiendo hacer ninguna diferenciación de ella durante el tiempo que durara la vinculación habida entre ellos.

Frente el claro y expreso reconocimiento de las partes en cuanto a que la actividad desplegada por los actores fue una sola, no he de acompañar a la Sra. Magistrada a quo en la distinción que ha hecho de la relación entablada entre ellas, otorgándole carácter *"comercial"* a la que se desarrollara hasta el día 01 de Marzo de 2002 y *"laboral"* la cumplimentada con posterioridad a esa fecha, fundando ello en que en el último contrato se hace referencia a *"la escuela de tenis de la institución".* Debo decir que la existencia de una escuela de tenis en las instalaciones del club surge de todos los contratos celebrados entre las partes y que obran agregados en autos, sin que sea relevante que figure o no en los instrumentos la expresión "escuela de tenis de la institución" desde el inicio de la relación en forma expresa. Advierto que en los documentos de fs. 442/443 y 444/445 se habla muy claramente que el contrato se suscribe "*para el desarrollo de la enseñanza del tenis en los distintos niveles de aprendizaje*" y que se cuenta "*con un importante número de potenciales alumnos*" (cláusula primera); en la cláusula segunda se menciona nuevamente a la "*enseñanza del tenis*" y a los "*alumnos*"; en la cláusula tercera se hace expresa referencia a "*las clases de tenis brindadas por el Sr. A. F. J. a sus alumnos*"; en la cláusula cuarta se reitera la mención del "*alumno*" y de la "*enseñanza del tenis*"; en la cláusula quinta se hace referencia al cobro mensual del precio que abonan "*los alumnos*"; la cláusula sexta trata sobre el precio de "*las clases que brindará a sus alumnos*" el Sr. J.; las cláusulas séptima, octava, novena y décima hacen expresa mención a "*las clases*"; la cláusula décimo primera se refiere a "*los torneos de escuela*"; y tanto en la cláusula décimo segunda como en la décimo tercera se habla de "*la enseñanza del tenis*". A su vez, en el contrato firmado el 24 de Octubre de 2000 (fs. 446/447), se reiteran en sus cláusulas las expresiones que acabo de referir, a lo que se suma que en la cláusula "séptima" se menciona expresamente a "*los alumnos de la Escuela de tenis*".

Ante el panorama descripto, lejos estoy de compartir la decisión de la Sra. Jueza a quo al colocarle una "bisagra" a la actividad desarrollada por los actores en virtud de que en el contrato firmado el día 01 de Marzo de 2002 se menciona *"la escuela de tenis de la institución"* y considerar que hasta esa fecha la relación era contractual-comercial y a partir de ella pasó a entablarse una relación de dependencia laboral (contrato de trabajo). Ninguna duda cabe de que esta *"escuela de tenis"* existió desde el inicio en el club demandado y que era donde daban sus clases los reclamantes; el texto de los instrumentos contractuales obrantes en autos avalan esta conclusión, sin que corresponda hacer un mayor tratamiento al respecto.

Corresponde analizar ahora si la sentencia ha violentado el principio de *"congruencia"* al haber efectuado la diferenciación en la actividad desarrollada por los actores.

Genéricamente se alude a la congruencia como la correlación entre la sentencia y las pretensiones deducidas en juicio. Sin embargo, como bien advirtiera Guasp, por congruencia ha de entenderse la conformidad que debe existir entre la sentencia y la pretensión o pretensiones que constituyen el objeto del proceso, más la oposición u oposiciones, en cuanto delimitan este objeto (conf. GUASP, J., "Derecho Procesal Civil", Madrid, 1956, T. I, pág. 974). De lo expuesto resulta que la resolución judicial debe guardar correlación con el "thema decidendum" integrado por pretensiones (principales o reconvencionales) y oposiciones.

Se puede colegir que existe incongruencia subjetiva cuando la decisión jurisdiccional condena a quienes no son parte juntamente con quienes sí lo son (incongruencia subjetiva por exceso), u olvida condenar a quien corresponde hacerlo tanto como los incluidos en el fallo (incongruencia subjetiva por defecto) o condena a una persona distinta de la demandada (incongruencia mixta) (conf. PEYRANO, J.W, "El Proceso Civil. Principios y Fundamentos", Astrea, Bs.As., 1978, pág. 63).

Se verifica incongruencia objetiva cuando existe un desajuste entre las pretensiones formuladas en la demanda o reconvención y la decisión jurisdiccional que las dirime. En ese orden de ideas se configura incongruencia objetiva por exceso y, por consiguiente, resolución "ultra petita" cuando el órgano jurisdiccional concede más de lo reclamado.

La incongruencia será por defecto y dará lugar a una resolución "citra petita", si omite pronunciarse sobre alguna de las pretensiones deducidas y discutidas en el litigio. La incongruencia objetiva será mixta si se combinan ambos defectos en el pronunciamiento judicial.

Hay incongruencia objetiva "extra petita" cuando el órgano jurisdiccional otorga algo que no ha sido solicitado por las partes, vale decir, cuando no mediando pretensión se formula un pronunciamiento sobre un derecho y se condena a una prestación no requerida.

Finalmente existe incongruencia respecto del material fáctico cuando la sentencia se refiere a hechos no planteados por las partes (por exceso), cuando omite la consideración de hechos esenciales y probados (por defecto) y cuando se resuelve una cuestión distinta (mixta), entendido el término "cuestión" como el concreto sector de la realidad dentro del cual debe juzgarse el caso.

Queda claro que el juez no puede actuar fuera del marco de lo pedido por las partes. La aplicación práctica del principio significa que le está prohibido resolver sobre cuestiones no propuestas.

Tampoco puede dar una solución distinta o diferente a la que se planteó entre el objeto de la demanda y la resistencia ni tiene la posibilidad de ampliar la condena superando la expectativa que se expuso en los escritos postulatorios.

En suma, el principio de congruencia es una proyección del principio dispositivo exigiendo que la sentencia definitiva se refiera estrictamente al objeto procesal planteado como pretensión de las partes; por lo cual, sólo

éstas podrán quedar alcanzadas por el pronunciamiento; y los hechos referidos serán, únicamente, los alegados por las partes.

El juez llamado a decidir el conflicto puede enfrentarse a la necesidad de indagar sobre lo realmente pedido, lo cual no significa que haga suya la petición o la desarrolle a su gusto. En una contienda referida a derechos privados la decisión debe guardar correspondencia con el pedido de reconocimiento de esos derechos, lo cual no soluciona el problema de la falta de claridad en el lenguaje utilizado en el proceso. Cierta flexibilidad otorgada al Juez a la hora de meritar el alcance de lo pedido y su correspondencia con el eje del debate no supone una injerencia del Estado en la esfera de la autodeterminación, sino la capacidad de moderar las formas empleadas para discutir con mayor libertad en el campo favorable a la fiel expresión de las posiciones de las partes (conf. OTEIZA, E.D., "El juez ante la tensión entre libertad e igualdad", Rev. de D.Procesal (Número Extraord. en homenaje a J.R.Podetti), Rubinzal-Culzoni, 2004, pág. 226).

En definitiva, hablamos de "hacer justicia", y a sabiendas de que el principio de congruencia se instala entre las garantías propias del derecho de defensa, no existirá contraste si quien peticiona una cosa y encuentra que en la sentencia no hay conformidad, adecuación o correlación con ella, pero se le da el sentido de lo justo, no importará el defecto o el exceso.

En otros términos, no existirá incongruencia cuando se decida sobre una pretensión que, aunque no fue formal o expresamente ejercitada, estaba implícita o era consecuencia inescindible o necesaria de los pedimentos articulados o de la cuestión principal debatida en el proceso. Porque, para que el vicio afecte el derecho de defensa deberá mostrar un absoluto desvío de la pretensión con consiguiente indefensión y sustracción a las partes del verdadero debate contradictorio produciéndose un fallo extraño a las respectivas pretensiones de las partes, de forma que la decisión judicial se haya pronunciado sobre temas o materias no debatidas oportunamente en

el proceso y respecto de las cuales, por consiguiente, las partes no tuvieran oportunidad de ejercitar adecuadamente su derecho de defensa, formulando o exponiendo las alegaciones y argumentos que tuvieran por conveniente en apoyo de sus respectivas posiciones procesales (conf. Revista Internauta de Práctica Jurídica N° 3 (Sept.Dic. 1999), "La congruencia como requisito de la sentencia en la jurisprudencia constitucional del año 1998", GONZALEZ MALABIA, Sergio, Universidad de Valencia; cit. por GOZAINI, O.A., "El principio de congruencia frente al principio dispositivo", La Ley 2007-C, 1308).

Teniendo en cuenta los principios y doctrina a la que he hecho referencia, es evidente que surge de las constancias del proceso que la sentencia dictada, en el punto en análisis y que es objeto del recurso en tratamiento, no ha violado las normas que contienen los artículos 34 inc. 4° y 163 inc. 6° del ritual. Y ello es así porque la regla que en el art. 34, inc. 4° del Cód. Procesal establece la obligatoriedad del respeto al principio de congruencia no se relaciona con la interpretación de las pruebas sino con la correspondencia entre el contenido de la decisión y el modo propuesto en la traba de la litis.

Por lo tanto, si tenemos presente que el principio de congruencia comprende la prohibición de cambiar una acción por otra o condenar a algo distinto a lo pedido o a rubros no deducidos, sentenciando el juez sobre cuestiones extrañas a la controversia o no articuladas por las partes, es más que claro que ello no se ha dado aquí en el punto que estoy considerando.

Encontrándose también incumplida la obligación que le impone al Juez del proceso la norma del art. 165, inc. 6° del CPCC, esto es, que su decisión debe ajustarse a "las pretensiones deducidas en el juicio", lo que significa que la sentencia se ha ajustado en general al pedimento que contiene la demanda aunque haya sido admitida sólo parcialmente y ello sin perjuicio de no compartir lo decidido por la a quo en lo que a la distinción que hace sobre la actividad desarrollada por los reclamantes.

Es por lo dicho que respondo al agraviado no admitiendo su queja en este punto y dejando constancia que el principio de congruencia y la garantía de defensa en juicio se conculcan cuando se introducen en el fallo alegaciones o cuestiones de hecho sorpresivamente, de manera que las partes no hayan podido ejercer su plena defensa, debiendo entenderse incumplida la exigencia del art. 163, inc. 6°, Cód. Procesal (conf. SCBA, 21/12/84, L. 34.194, La Ley 1986-B, 601), lo cual no se da en el caso.

2.2) <u>Naturaleza de la relación entablada entre las partes</u>.

2.2.A) Corresponde analizar aquí si la única actividad desarrollada por los actores en las instalaciones del club demandado, llegó a constituir o no un contrato de trabajo en relación de dependencia.

Atento la prueba instrumental aportada en autos, reconocida por las partes, es necesario remitirse al primer "contrato de uso" celebrado entre ellas el día 09 de Noviembre de 1993 (fs. 442/443). Surge del mismo, como cláusulas a destacar en el caso: a) que el Sr. J. solicitó al club demandado un permiso de uso de sus instalaciones hasta el día 31/12/1994 para el desarrollo de la enseñanza del tenis; b) que el club le cobraría al solicitante por dicho permiso, el 10% del precio mensual que abonara cada alumno por la enseñanza del tenis; c) que el Sr. J. propuso al club y éste aceptó que el cobro mensual del precio que abonen los alumnos por las clases de tenis se cobraran por la Secretaría de la institución, reteniendo el porcentual que debía abonar el Sr. J. como contraprestación por la utilización de las instalaciones de la institución; d) que el Sr. J. propuso el precio a cobrar a los alumnos por las clases y las horas que se les daría conforme la categoría de los mismos; e) que el Sr. J. podría proponer al club la modificación del precio de las clases a fin de consensuarlo entre las partes; f) que el Sr. J. propuso al club realizar un receso de las clases durante un lapso no superior a treinta días en la temporada estival; g) que el club autorizó al Sr.

J. a organizar torneos de tenis dentro de sus instalaciones, percibiendo el profesor el 20% de lo recaudado por derecho de inscripción a los mismos. Se aclaró que en los torneos de la escuela, lo recaudado por derechos de inscripción serían en su totalidad para el Sr. J.; h) que la provisión del material para la enseñanza del tenis quedaba a cargo del Sr. J.; i) que el Sr. J. podría contar con la ayuda de otro profesor y/o personal para el desarrollo de la enseñanza del tenis, quienes serían de su exclusiva responsabilidad; y j) que cualesquiera de las partes podría resolver el contrato previo aviso a la otra con una antelación no inferior a cuarenta días corridos.

Posteriormente, en el año 1994, celebraron las partes un contrato similar al anteriormente descrito (fs. 444/445), en el cual el Sr. J. solicitó al Club el permiso de uso hasta el día 31/12/1999 con la misma finalidad e integrándose el instrumento con cláusulas idénticas al vínculo contractual anteriormente suscripto.

Llegado el 24 de Octubre del año 2000 firmaron las partes el "contrato de uso" de las instalaciones del club con vigencia hasta el 31 de Diciembre del año 2001 (fs. 446/447), siendo sus cláusulas prácticamente similares a las de los contratos anteriormente suscriptos. Por último, el día 01 de Marzo de 2002 suscribieron el "Contrato de Concesión de Clases de Tenis y Actividades Afines" (fs. 448/450 vta.), cuyo contenido no difiere mayormente de lo que los contratantes ya venían conviniendo hasta esa fecha. Por el mismo, el Sr. J. solicitó la concesión de uso de las cuatro canchas de tenis del club para el dictado de clases de tenis y organizar torneos en las distintas categorías de asociados; se fijaron las obligaciones del concesionario; se pactó además -en lo que aquí interesa destacar-: que el concesionario presentaría un cuadro tarifario con el valor de las horas-clase "ad-referéndum" de la Comisión Directiva; que por el uso de las canchas el concesionario abonaría al club el 25% de los ingresos producidos por las clases y los torneos; que la cobranza de las horas-clases lo percibiría la

secretaría del club quien retendría el porcentual que abonaba el concesionario y el resto debía ser entregado al mismo; que el concesionario presentaría antes del 15 de Marzo de 2002 el Programa Anual de Torneos y Competencias para las distintas categorías y niveles de juego de los asociados y el plan de trabajo y entregamiento de la escuela de tenis del club; que el concesionario se encargaría de las tareas relativas a la realización de torneos y competencias, percibiendo la institución el 25% de los ingresos que ello produzca, en concepto de derecho de uso de las instalaciones; que todos los gastos que generaran las actividades desarrolladas por el concesionario serían absorbidas por éste; que la duración del contrato sería de doce meses; que el concesionario se hacía cargo y exhibiría mensualmente a la Secretaría del club los comprobantes que acreditaran el cumplimiento de las obligaciones previsionales, laborales e impositivas que tenía a su cargo por los servicios desarrollados en la institución, quedando ésta relevada de responsabilidad en estos aspectos en razón de que no existía relación laboral alguna sino sólo una Concesión de Servicios requeridos por la parte que brindará los mismos; que para llevar a cabo las tareas el concesionario podría contar con personal contratado por él bajo su exclusiva responsabilidad y expresamente convinieron que *"…En el supuesto de contratar a persona alguna y éste iniciara acciones contra el ente concedente, el Sr. J., plenamente faculta a la asociación a SUBROGARSE en los derechos y de accionar en su contra, por todo lo que se pudiere reclamar…"* (Cláusula undécima); que el incumplimiento de sus obligaciones por parte del concesionario daría derecho al ente concedente para rescindir el contrato, reclamando daño emergente, lucro cesante y cuanto más correspondiere conforme a derecho y que todas las resoluciones relativas a horarios, modalidades, precios, torneos, participación en ingresos y egresos que requirieran consenso entre las partes, se volcarían en las actas de la Comisión Directiva. Las partes han reconocido que, producido el

vencimiento de este último contrato, la relación entre ellas continuó varios años más hasta la desvinculación producida en el año 2007.

Surge con nitidez de los vínculos contractuales referidos una indudable independencia por parte del co-actor J. en todo lo que hizo a la relación entablada con el club demandado. Me refiero a lo concerniente al dictado de las clases, la categorización de los jugadores, la organización de los torneos, la propuesta del costo de las horas-clases, la fijación del período de receso en la escuela de tenis, la presentación de planes de trabajo y entrenamiento para la escuela de tenis, la percepción de los ingresos producidos por el dictado de las clases y la realización de torneos, la contratación de profesores ayudantes, la responsabilidad exclusiva asumida por el Sr. J. en el supuesto de contratar un ayudante, etc.

A lo dicho corresponde incorporar como objeto de consideración los recibos, rendiciones y propuestas realizadas por los actores durante todo el término de la relación mantenida con el club demandado.

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

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

La dependencia *jurídica* se manifiesta en la circunstancia de que el trabajador está sujeto al derecho de dirección del empleador (arts. 65 y 66 LCT) en cualquier momento, debe cumplir las órdenes o instrucciones que se le impartan (art. 86 LCT) y carece de autonomía al respecto; también se expresa en la potestad disciplinaria del empleador (art. 67 LCT). Otra característica de esta dependencia es la facultad que se concede al empleador (y que ejerce por sí o por medio de sus representantes) de sustituir, cuando lo creyera conveniente, su propia voluntad a la del trabajador (conf. KROTOSCHIN, "Tratado Práctico", T. I, pág. 103). La falta de autonomía de este último se manifiesta en la sujeción a cierta disciplina (u orden interno de la empresa), lo cual implica obligaciones -que no comparte el trabajador autónomo o colaborador libre- relativas, por ejemplo, al lugar y tiempo de trabajo (horarios), prestación estrictamente personal (indelegable) y reconocimiento de la autoridad funcional del empleador a quien debe "obediencia", sea cual fuere el grado en que ésta se exija (conf. KROTOSCHIN, ob. cit., T. I, pág. 104; ETALA, C.A., "Contrato de Trabajo", Ed. Astrea, pág. 94).

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

Con respecto a la dependencia *técnica*, la misma se expresa en la existencia de que el trabajador se ajuste a los procedimientos y modalidades de ejecución de sus tareas indicadas por el empleador, para la producción de los bienes o la prestación de servicios en que consiste la actividad de éste. También en este aspecto de la ejecución del trabajo, el empleador ostenta la

facultad -que ejerce por sí o por medio de sus representantes- de sustituir la voluntad del trabajador por su propia voluntad.

El trabajador presta a favor del empleador, sin mediación alguna, una actividad *personal e infungible* que constituye el objeto del contrato de trabajo (art. 37 LCT).

Otra nota a destacar es que el trabajo dependiente se presta *por cuenta ajena*, lo que significa que el trabajador no asume los riesgos económicos de la empresa. Aunque la empresa arroje pérdidas, sus derechos a la remuneración se mantienen intactos.

En lo concerniente a los caracteres del contrato y dentro de la clasificación del mismo, el de trabajo se ubica como *bilateral o sinalagmático*, ya que las partes se obligan recíprocamente la una hacia la otra (art. 1138, Cód. Civ.); a *titulo oneroso*, puesto que las ventajas que procuran una u otra de las partes no les es concedida sino por una prestación que ella le ha hecho o que se obliga a hacerle (art. 1139, Cód. Civ.); *conmutativo*, porque las ventajas para ambas partes no dependen de un acontecimiento incierto (art. 2051 Cód. Civ.); *de ejecución continuada, de tracto sucesivo o de duración*, porque existe una ejecución fluyente, repetida y no instantánea; de *colaboración*, porque en su ejecución media una función de cooperación entre las partes para alcanzar el fin que se han propuesto al contratar (art. 63 LCT); *consensual*, porque queda concluido desde que las partes manifiestan recíprocamente su consentimiento (art. 1140 Cód. Civ.) y *no formal*, porque la ley no le impone una forma determinada para su validez, aunque hay algunas modalidades de contratación que son *formales*, como el caso del contrato de trabajo a plazo fijo y el eventual (conf. ETALA, C. A., ob. cit., pág. 97).

2.2.B) Teniendo presente las características esenciales del contrato de trabajo y de la relación de dependencia, corresponde analizar las que

emergen de la relación entablada entre las partes de este proceso a fin de desentrañar si ellas se han dado en la misma.

He referido supra los tres tipos de *dependencia o subordinación* a tener en cuenta para determinar si se da en el caso un contrato de trabajo. Con respecto a la *jurídica*, no advierto que los actores hayan estado sujetos al derecho de dirección y/o a cumplir las órdenes o instrucciones impartidas por el club demandado, que hayan carecido de autonomía al respecto o que la institución pudiese sustituir, cuando lo creyera conveniente, su propia voluntad a la de los reclamantes. Este tipo de dependencia es un dato esencial en el contrato de trabajo.

Con respecto a la *económica*, no surge de las constancias de autos que los actores hayan prestado sus servicios en beneficio o provecho del club demandado que fue quien asumió en forma exclusiva los riesgos del negocio. Es decir, para que se diera esta dependencia es necesario que los reclamantes hayan ejecutado su trabajo en favor del club. De la forma como pactaron las partes la distribución de los ingresos que se obtenían por las clases de tenis y la realización de torneos, tengo en claro que no existió aquí dependencia *económica*; basta con remitirse a lo pactado por ellas. He dicho antes aquí que el trabajo dependiente se presta *por cuenta ajena*, lo cual significa que el trabajador no asume los riesgos económicos de la empresa; es por ello que si la empresa arrojara pérdidas, su derecho a ser remunerado permanece inalterable. En el caso en tratamiento, tengo en claro que los actores asumieron el *riesgo económico* al contratar con el club dado que éste no les aseguró ningún tipo de remuneración en los contratos que celebraron. Esta particularidad se relaciona con el carácter *conmutativo* que tiene el contrato de trabajo, carácter que no se da en los distintos contratos celebrados entre las partes de este proceso. Y no se da porque de ellos surge -precisamente- que las ventajas para ambas partes dependieron

de un acontecimiento incierto: la concurrencia/asistencia de alumnos para tomar las clases de tenis en la sede del club demandado.

Y en lo que hace a la *técnica*, es evidente que en modo alguno los actores debieron ajustarse a los procedimientos y modalidades de ejecución de sus tareas que les fueran indicados por el club o que la institución haya tenido la facultad de sustituir la voluntad de los profesores por su propia voluntad.

Sin perjuicio de lo expuesto, corresponde destacar que no surgen probanzas producidas en el proceso que acrediten algún tipo de "dependencia" en la relación entablada entre las partes.

Es que teniendo en especial consideración las condiciones pactadas entre el Sr. J. y el club -más allá de la distribución porcentual de la actividad lucrativa-, aparece concluyentemente la ausencia de subordinación económica y particularmente el sesgo de la libertad del prestador para desempeñar sus tareas mediante una inequívoca autonomía, toda vez que la potestad jurídica de efectivo control por parte de la accionada se halla diluida, mientras que la distribución del rédito obtenido por el realizador de las tareas, adviene impropia de una nítida relación de trabajo que exige una enajenación de sus resultados en claro beneficio del supuesto empleador.

2.2.C) Tengo presente, conforme las constancias de autos, que: a) los profesores trabajaban en forma independiente; b) que proveían los elementos con los que se daban las clases, a excepción de las raquetas; c) que no percibían salario, sino que de lo abonado por los alumnos se le entregaba al club demandado un porcentual (del 10% al comienzo de la relación y del 25% conforme el último contrato) por el uso de las instalaciones; d) que si no tenían alumnos no cobraban suma alguna (asumieron el riesgo); e) que proponían al club el precio a cobrar a los

alumnos por las clases de tenis; f) que debían afrontar los gastos que demandaba la actividad; g) que podían contratar ayudantes bajo su exclusiva responsabilidad y a su cargo y h) que percibían un alto porcentaje del valor de las clases, entregándole el resto al club, lo que revela de modo concluyente la ausencia de subordinación económica.

Es que conforme fuera trabada la litis y sobre la base del análisis de las pruebas ofrecidas no me queda duda que entre los actores y el club demandado no existió "relación de dependencia". Arribo a esta conclusión al amparo del principio de la adquisición procesal. Al respecto, ha sostenido la SCBA que cualquiera sea la procedencia de las probanzas que obren en el expediente, su valoración por los jueces es siempre conducente y puede beneficiar o perjudicar indistintamente a las partes, inclusive a aquélla que las solicitó u ofreció (conf. causas L 92.969, "Sosa", sent. del 06/05/09; L 75.626, "Kreigh", sent. del 28/05/03; L 69.582, "Dubravko", sent. del 05/07/2000; L 66.583, "Latorre", sent. del 15/12/98).

2.2. D) Tampoco observo que se hubiera infringido el art. 23 de la LCT. La presunción iuris tantum establecida en la citada norma queda desvirtuada cuando medie admisión en el responde de la prestación de servicios si la prueba producida demuestra que las tareas prestadas no lo fueron en relación de dependencia (conf. SCBA, causa L 95.724, "Campos", 15/07/09; ídem, 27/04/2011, in re "Domínguez, J.A. c/ Remises Rosas SRL y Ots.", LLBA 2011 (junio), 515, DT 2011 (julio), 1787).

Soy partidario que debe establecerse un límite razonable para la aplicación de la presunción prevista en el artículo 23 de la LCT, la que muchos tribunales la aplican como si se tratara de un axioma, dogmatismo que incluso ha estimulado que a cualquier tipo de vínculo jurídico se le asigne naturaleza jurídica laboral "*iuris et de iure*", cuando en rigor de verdad se trata de una presunción "iuris tantum" (conf. GARCIA, H.A., "Presunción

de relación de trabajo. La importancia de no desnaturalizarla", La Ley 2010-B, 14).

Como es sabido, las presunciones legales son reglas establecidas por la ley para dar por probado un hecho ante la prueba de otro hecho distinto. Es decir, se afirma la existencia de hechos desconocidos fundándose en los conocidos. La prueba de un hecho autoriza a suponer la existencia de otro, aunque este último no se encuentre probado. Las presunciones no son pruebas; constituyen consecuencias lógicas dadas por el legislador que se imponen al juzgador (conf. FALCON, E.M., "Código", Abeledo Perrot, T. II, pág. 146).

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

En el caso de la norma en análisis, la primera exégesis de la misma nos lleva rápidamente a concluir que, salvo prueba en contrario, corresponde suponer la existencia de un contrato de trabajo cuando ha sido probada la mera prestación de servicios. No obstante, un sector de la doctrina (Justo LÓPEZ, Antonio VAZQUEZ VIALARD, Carlos ETALA) interpreta que el sustrato fáctico que se debe acreditar para que se presuma la existencia de un contrato de trabajo está constituido por la prestación de servicios en relación de dependencia. Sólo los servicios prestados en relación de dependencia autorizarían a presumir la existencia de un contrato de trabajo. Es la llamada tesis *restringida*, que interpreta que lo que genera la presunción legal es la prueba de los servicios prestados en relación de dependencia. Vázquez Vialard afirma que la prestación de servicios hace presumir la existencia de un contrato que obligaba a la citada prestación, pero que se presuma la existencia de un contrato no significa que pueda

presumirse también la existencia de un contrato de trabajo; para ello se debe probar también su encuadre jurídico; esto es, si es dirigido o autónomo (conf. VAZQUEZ VIALARD, A., citado por Pablo Candal en "Ley de Contrato de Trabajo Comendada, Vázquez Vialard Director, Rubinzal Culzoni, T. I, págs. 318/319).

Por su parte, Carlos Etala distingue la relación de trabajo del contrato de trabajo y sostiene que para presumir que existe contrato de trabajo debe acreditarse una relación de trabajo (ver ETALA, C.A., "Ley de Contrato de Trabajo Comentada", Ed. Astrea, pág. 91; SALGADO, J.M., "Presunción del art. 23 L.C.T.", DJ 2008-II, 31).

Se enrolan en la postura aquí esgrimida decisiones, entre otras, de la Sala I de la CNAT ("Ramírez c/ López, Castro, Ferrari y Asoc. Soc. Civil y Otros", 28/02/02, DT, Mayo de 2002; de la Sala IV de la misma Cámara ("Genazzini c/ Wildcat S.A." del 23/06/92); de la Sala II de la misma Cámara ("Nesci c/ Asoc. Francesa"), La Ley Online AR/JUR/40124/2009. La SCBA ha resuelto, entre muchísimas otras, las causas L 79.831 "Martínez c/ Itar SRL", del 29/12/03; L 73.653 "Lezcano c/ Eichenblatt", del 02/05/02; L 72.672 "Díaz c/ Fundac" del 18/07/01 y L 66.918 "Liberto c/ Heladerías Tucán SRL", del 13/4/99, en las que dispuso que la mera ejecución de tareas por el accionante no autoriza a que se tenga por demostrada la existencia de una relación de linaje laboral respecto de la accionada, si no se acredita que tales tareas fueron prestadas en forma subordinada (conf. SALGADO, J.M., ob. cit.).

Lo hasta aquí expuesto me conduce a concluir que los accionantes desarrollaban sus tareas en el club demandado como profesionales independientes, en tanto se acreditó que, fijaban los horarios, no recibían órdenes y cobraban un alto porcentual sobre el precio -propuesto por ellos- que pagaban los alumnos que tomaban las clases de tenis, por lo que no resulta operativo el art. 23 de la LCT, ya que las partes no celebraron

contrato de trabajo, ni se comportaron, en la ejecución de la relación, de modo que condujera a inferir que esa fue su intención.

Dentro del análisis que estoy realizando no se me escapa, por un lado, el contenido del Curriculum Vitae presentado por el co-actor J., reservado en autos y que tengo a la vista, donde plasmó que desde el año 1999 es socio fundador y presidente de la F. P. Integrada, O.N.G. abocada al desarrollo del deporte y las actividades depor-turísticas en la Patagonia Argentina, cuyo programa base es el "C. P. de T." y que desde el año 1994 a cargo de las actividades deportivas el P. M. T. C. de la ciudad de PuertoMadryn *"…llevando adelante la organización de la Escuela de Tenis y diferentes programas de promoción y desarrollo para el tenis Patagónico. Participa activamente desde esta fecha en la Federación de Tenis del Noroeste del Chubut como dirigente y/o delegado representante del P.M. T. C. en esta entidad…"* y por el otro, la presentación realizada también por el co-actor J. al club demandado el día 24 de Enero de 2007 relativo a las "Condiciones básicas para el desarrollo de las actividades deportivas y servicios de clases y escuela de tenis" (instrumento reservado que también tengo a la vista en este acto). Del texto de esta presentación de doce (12) fojas surge con total claridad y evidencia que el firmante en modo alguno puede ser considerado un "dependiente" del club demandado. En el mismo se tratan los siguientes puntos: Incorporación de un Centro de Entrenamiento Competitivo; Distribución de las canchas; Porcentajes de distribución de los ingresos; Proyecto Estratégico; Área de Escuela de Tenis; Área de torneos y actividades internas, Estructura deportiva; Objetivos generales; Objetivos particulares por área y Propuesta económica. Todos los puntos tratados en esta presentación demuestran con absoluta claridad que su autor, el co-actor J., fue un profesional que se manejó con total independencia frente al club demandado, de conformidad con las pautas pactadas en los distintos contratos que los vinculara y sin que se configurara una relación de

dependencia. Esto queda ratificado, sin perjuicio de todo el contenido del documento, en el apartado que trata los "Porcentajes de distribución de los ingresos", cuando en el punto 5. dice: *"…en mi carácter de concesionario de las actividades deportivas…";* o cuando al concluir la página se lee: *"…Mi tarea, que es prever y proveer un proyecto sustentable, queda manifestada en esta nota…"* o en el final del capítulo "Área de torneos y actividades internas" cuando dice el presentante: *"…Este plan se basa, para concluir, en las mismas condiciones contractuales que funcionaron hasta ahora…"*. Lo que he destacado son sólo algunos de los datos relevantes que demuestran a las claras la inexistencia de un contrato de trabajo entre las partes prestado en relación de dependencia.

2.2.E) En el caso en estudio es claro que los profesionales reclamantes no sólo no estuvieron sometidos técnicamente a la institución demandada sino que tampoco estuvieron integrados con otros medios personales y materiales al club para el logro de los fines de éste. Resulta también evidente que no se acreditó el desempeño bajo subordinación jurídica y el pago de una remuneración, siendo determinante que los actores no se insertaron en una organización ajena cumpliendo servicios personales en beneficio exclusivo de un empleador.

2.2.F) Es importante que destaque otra circunstancia que revela con claridad meridiana que las partes no estuvieron ligadas por un vínculo de naturaleza laboral. He señalado que el art. 23 de la LCT establece que el hecho de la prestación de servicio hace presumir la existencia de un contrato de trabajo, pero esta presunción se invierte contra quien reclama la relación laboral si en el lapso temporal durante el cual se habría prolongado la vinculación, no prueba haber reclamado el pago de aguinaldo, vacaciones, ni de beneficio social alguno y menos la registración laboral

desde su inicio (sentencia del 05/02/01, "Mansilla, S.D. c/ San Mateo SRL s/ Ord.", C4a Trab., 8170 y sentencia del 27/11/2000, "Cuello de Sgobba, M.B. c/ Fernández, J.C. s/ Despido", C6a. Trab., 8740; ver VAZQUEZ VIALARD, "Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social", T. I, pág. 265, Ed. Astrea 1999; DT, 1984-B1822).

En efecto, resulta verdaderamente relevante el hecho de haber aceptado el actor las condiciones en que se desarrollaba la relación sin ningún tipo de reclamo, lo que obviamente no se compadece con el curso ordinario y natural de las cosas en el trato laboral e importa una forma de comportamiento inequívoco (conf. sentencias citadas en párrafo anterior y CNTrab., DT, 1992-A-889). Tales circunstancias constituyen una grave presunción en contra de la invocación de una relación subordinada ya que el silencio en cuestión no se compadece con el curso ordinario y natural de las cosas en el trato laboral (conf. DT, 1997-2268, CNTrab., "Downey c/ Centro Bíblico", CNTrab., DT, 1992-A-889); por demás se afirma esta presunción si se encuentra inscripto como autónomo ante la DGI y otorga facturas (conf. CESPEDES, J.M., "Locación de servicios autónoma vs. Relación laboral"; LL Gran Cuyo 2001, 781).

En sentido concordante al que vengo aquí exponiendo ha resuelto la CNTrab., Sala I, al decir: *"A los efectos de evaluar la existencia o no de una relación laboral, cabe tener en cuenta el comportamiento de las partes durante la ejecución del negocio ya que si en un lapso temporal prolongado de la vinculación… la actora no probó haber reclamado el pago de aguinaldo, vacaciones, ni beneficio social alguno, esto constituye una grave presunción en contra de sus aspiraciones, ya que el silencio en cuestión no se compadece con el curso ordinario y natural de las cosas en el trato laboral"* (CNTrab., Sala I, 23/12/02, DT, 2003-A-548; cit, por ETALA, C.A., "Contrato de Trabajo", pág. 100, Ed. Astrea).

Hay pautas que desvirtúan cualquier tipo de presunción sobre la existencia de contrato de trabajo cuando quien invoca tal prestación reviste -como

aquí ocurre- el carácter de profesional. En consecuencia, el silencio durante un largo tiempo (y su derivado consentimiento) respecto al encuadramiento como autónomo de la relación contractual , la autonomía en la gestión de la organización de sus tareas y en la percepción de la retribución, son factores que, de conjugarse, excluyen el encuadramiento en la legislación laboral de la relación habida con un profesional (conf. GABET, Alejandro y Emiliano A., "La contratación de un asesor legal "ad honorem", DJ 29/02/2012, 29; GABET, E.A., "Contrato y relación de trabajo", DT 2012 (agosto), 2031).

Ninguna duda tengo en cuanto a que el carácter no dependiente de la relación contractual estuvo en este caso perfectamente consentida durante muchos años (desde 1993 hasta 2007), lo cual quedó ratificado en la presentación realizada por el co-actor J. con fecha 24/01/2007 a la cual ya he hecho referencia, destacando que en dicho documento, al finalizar el punto "Área de torneos y actividades internas" el presentante dice: *"…Este plan se basa, para concluir, en las mismas condiciones contractuales que funcionaron hasta ahora…"*. Es decir, hay aquí una clara ratificación de las condiciones *contractuales* que las partes venían manteniendo desde el inicio de su relación.

He de concluir no dejando de tener presente que desde el año 1993 hasta el año 2007 el Sr. J. contrató libremente con el club demandado como profesional independiente y recién en el año 2007, cuando su propuesta de trabajo -que ratificó los contratos anteriores- no fue aceptada por la institución, pretendió se lo considerara un "empleado" del club y así borrar todos los vínculos contractuales mantenidos hasta esa fecha. Creo que tal conducta choca contra los principios elementales de la "buena fe", como así también contra el tan pregonado "principio de la realidad". Precisamente, la realidad dejó a la luz -en este caso- la inexistencia de un vínculo laboral.

2.2.G) No puedo soslayar dentro del análisis de la situación que estoy realizando, que las partes estuvieron vinculadas por un contrato atípico, por lo que -ante el silencio de la ley- deben aplicarse para regular sus diversos aspectos las siguientes reglas: a) la voluntad de las partes expresada en el contrato; 2) los principios generales de los contratos, de los hechos y actos jurídicos y de las obligaciones y 3) los de los contratos que más se les asemejan (analogía) y los principios generales del derecho, en ese orden.

Debe tenerse también presente el valor que tienen las cláusulas contractuales, que son ley para las partes (art. 1197 Cód. Civ.). Por lo que no es posible invocar argumentos puramente conjeturales para apartarse de la voluntad contractual expresamente declarada ya que ello haría incurrir tal proceder en un vicio que lo descalificaría. Y ello es así porque no cabe a los jueces asignar a las cláusulas de un contrato un sentido reñido con la literalidad de sus términos y la clara intención de las partes expresada en términos claros y terminantes.

Debo resaltar que el régimen de lo convenido aquí por los contratantes, como contrato atípico, se rige por lo acordado en la relación contractual concreta, de acuerdo con el principio de la autonomía de la voluntad y la libertad de pactar consagrados en nuestro ordenamiento de fondo, limitado por los arts. 953 y 1198 y concs. del Código Civil (conf. CNCom., Sala B, 24/09/1998, DJ 1999-2-56).

Es dable también señalar, por otra parte, que la relación entre concedente y concesionario se rige por lo establecido en el contrato (arg. art. 1197, Cód. Civil). No obstante ello, se ha sostenido que la libertad para contratar debe medirse con los principios generales en materia de consentimiento en los contratos y por los artículos 21, 953 y 1071 del Código Civil (conf. CNCom., Sala A, 11/09/73, La Ley 152-250). En el caso “Cilam S.A. c/ Ika-Renault S.A.” resuelto por la CNCom., Sala B, el 14/03/83 (La Ley 1983-C, 233 – ED,

104-181)), se añade como pauta interpretativa la buena fe del art. 1198 del Código Civil, en el sentido de imponer el deber de evitar todo aquello que pueda frustrar el fin de la convención o perjudicar indebidamente a la otra parte, caso contrario, existiría abuso del derecho.

Más adelante, la CSJN, en "Automóviles Saavedra S.A. c/ Fiat Argentina S.A." (04/08/88 – DJ, 1988-2-692) sentó la doctrina del uso restrictivo del abuso del derecho, cuando se invoca con el fin de privar de efectos a una cláusula contractual. Impuso, además, el análisis del contrato en su conjunto y no de una cláusula en particular. En una sentencia posterior, se invocó además el art. 218, inc. 4° del Código de Comercio, señalándose que el contrato no es una suma de cláusulas, sino un conjunto orgánico (conf. CNCom., Sala B, 12/08/98, La Ley 1999-E, 723).

Otro fallo, introduce como pauta interpretativa valiosa la conducta de las partes anterior al contrato o al tiempo de su celebración (conf. CNCom., Sala B, 24/09/98, La Ley 2000-D, 609).

He tenido presente todos estos principios al analizar los instrumentos contractuales presentados como prueba en este proceso y advierto también que no se ha producido probanza alguna que sea demostrativa de haberse cometido algún tipo de "fraude" a la legislación laboral en la vinculación habida entre las partes, que haya existido abuso del derecho imputable a alguna de ellas o que se haya encontrado viciada la voluntad de alguno de los contratantes. Siendo ello así, no hay fundamento que avale dejar de lado o no respetar lo que las partes libremente acordaron, ejecutaron y -como ya vimos- ratificaron.

2.2.H) Teniendo en cuenta los principios expuestos en el punto anterior y del respeto a la voluntad de los contratantes, surge con claridad meridiana -no desvirtuada por probanza alguna en autos- que el co-actor M. F. se incorporó al equipo de trabajo del Sr. J. por gestión de éste y en uso de las

atribuciones que en tal sentido le confirieron los contratos oportunamente suscriptos con el club demandado. Ya en el primer contrato (09/11/1993) las partes dejaron sentado que *"El Sr. A. F. J. podrá contar con la ayuda de otro profesor y/o personal para el desarrollo de la enseñanza del tenis, quienes serán de su exclusiva responsabilidad, debiendo respetar las condiciones impuestas por el presente en los convenios que entre ellos se formalicen…"* (cláusula 13ª.).

El ejercicio de este derecho/facultad por parte del Sr. J., el cual fue libre y válidamente acordado contractualmente por las partes, en modo alguno puede ser considerado violatorio de la ley, configurativo de abuso del derecho o constitutivo de un fraude a los derechos de alguno de los contratantes.

A lo hasta aquí expuesto corresponde añadir que la relación que uniera a los actores con el club demandado -conforme surge de estas actuaciones y lo que hasta ahora vengo desarrollando- no puede ser encasillada dentro de los parámetros del derecho del trabajo. Razón –ésta- más que suficiente para darle pleno valor a lo que las partes oportunamente acordaron sobre la cuestión en análisis.

3) <u>Conclusión</u>.

Lo hasta aquí expuesto, analizado y fundamentado, me conducen a concluir que entre las partes no medió relación de trabajo subordinada. Por lo tanto, he de proponer al Acuerdo el rechazo de la demanda entablada en autos. Así lo voto.

4) <u>Los restantes agravios vertidos por la parte actora</u>.

Atento la conclusión arribada supra, deviene abstracto el tratamiento de los restantes agravios vertidos por la parte actora, así como la cuestión relativa a la imposición de las costas del proceso.

5) <u>Adecuación de las costas y honorarios</u>.

De conformidad con lo normado por el art. 282 del ritual y atento lo propuesto en mi voto, corresponde imponer las costas de primera instancia a la parte actora que resultara vencida en el proceso (conf. arts. 57 Ley XIV N° 1 y 69 CPCC).

La regulación de los honorarios de los letrados que actuaron en representación de la parte demandada, de los que representaron al co-actor Sr. M. F. (quien no ratificó en autos el pacto de cuota litis de fs. 5) y los de la perito contadora, deberán fijarse sobre el monto del proceso (capital reclamado más intereses) conforme lo resuelto por el STJCH en el Expte. N° 21.836-L-2009, Sent. Reg. Nº 03/S.R.E./2011).

Con respecto a los letrados que actuaron en representación del co-actor Sr. A. F. J., no corresponde le sean regulados honorarios atento la homologación (fs. 234) del pacto de cuota litis oportunamente suscripto (fs. 6) (conf. art. 4, Ley XIII Nº 4 y su doctrina).

6) <u>Las costas de la Alzada</u>.

Las costas de esta instancia deben ser impuestas a la parte actora que resulta perdidosa en el recurso interpuesto (art. 69 CPCC), correspondiendo regular los honorarios de los profesionales actuantes conforme los montos que resulten de la primera instancia (arg. art. 13 Ley XIII N° 4) y las pautas que fija el art. 5 de la Ley Arancelaria.

A LA PRIMERA CUESTION, el Sr. Juez de Cámara Dr. Heraldo Enrique Fiordelisi vota por la **NEGATIVA.**

<u>A LA SEGUNDA CUESTIÓN</u>, la Sra. Jueza de Cámara María Inés de Villafañe dijo:

De compartir los señores Jueces de Cámara mi voto, el pronunciamiento que corresponde dictar es el que sigue:

1) REVOCAR la sentencia de fs.452/458 y en consecuencia **RECHAZAR** la demanda incoada por A. F. J. y M. F. contra el P. M. T. C.

2) READECUAR las costas y honorarios allí determinados (art. 282 CPCC).

3) IMPONER las costas de la primera instancia a los actores (art. 57 Ley XIV Nº 1 y art. 69 CPCC). **REGULAR** los honorarios del Ab. L. Á. N. en el 18 %, los de los Ab. V. F., G. L. y S. L. F. por la representación de M. M. en el 5% a cada uno y a la Cra. J. G. en el 3 %. (arts. 5, 6, 38 y 60 Ley XIII Nº 4 y mod.). No regular honorarios a los Ab. V. F., G. L. y S. L. F., por la representación del Sr. A. J., en virtud del pacto de cuota litis homologado en autos.

4) IMPONER las costas de la segunda instancia a los actores. (art. 57 Ley XIV Nº 1 y art. 69 CPCC). **REGULAR** los honorarios del Ab. L. Á. N. en el 35 % y los de los Ab. V. F., G. L. y S. L. F. por la representación de M. M. en el 9% a cada uno, de los que resulten determinados para la instancia anterior. (art. 5 y 13 de la ley arancelaria). No regular honorarios a los Ab. V. F., G. L. y S. L. F., por la representación de A. J., en virtud del pacto de cuota litis y su homologación en autos.

5) De forma.

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

Por compartir los fundamentos vertidos en su voto, el pronunciamiento que corresponde dictar es el que propone la Sra. Jueza de Cámara María Inés de Villafañe.

Con lo que se dio por terminado el acuerdo, dejándose constancia que el Dr. Mario Luis Vivas no emitió opinión por haberse formado la mayoría (arts. 7 y 8 de la Ley V N° 17) pasándose a dictar sentencia.

Puerto Madryn, de febrero de 2013.

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

S E N T E N C I A

1) REVOCAR la sentencia de fs.452/458 y en consecuencia **RECHAZAR** la demanda incoada por A. F. J. y M. F. contra el P. M. T. C.

2) READECUAR las costas y honorarios allí determinados (art. 282 CPCC).

3) IMPONER las costas de la primera instancia a los actores (art. 57 Ley XIV Nº 1 y art. 69 CPCC). **REGULAR** los honorarios del Ab. L. Á. N. en el 18 %, los de los Ab. V. F., G. L. y S. L. F. por la representación de M. M. en el 5% a cada uno y a la Cra. J. G. en el 3 %. (arts. 5, 6, 38 y 60 Ley XIII Nº 4 y mod.). No regular honorarios a los Ab. V. F., G. L. y S. L. F., por la representación del Sr. A. J., en virtud del pacto de cuota litis homologado en autos.

4) IMPONER las costas de la segunda instancia a los actores. (art. 57 Ley XIV Nº 1 y art. 69 CPCC). **REGULAR** los honorarios del Ab. L. Á. N. en el 35 % y los de los Ab. V. F., G. L. y S. L. F. por la representación de M. M. en el 9% a cada uno, de los que resulten determinados para la instancia anterior. (art. 5 y 13 de la ley arancelaria). No regular honorarios a los Ab. V. F., G. L. y S. L. F., por la representación de A. J., en virtud del pacto de cuota litis y su homologación en autos.

5) REGISTRESE, NOTIFIQUESE y DEVUELVASE

REGISTRADA BAJO EL N° /13. SDL.