En la ciudad de Puerto Madryn, a los días del mes de mayo del año dos mil trece, se reúne la Excma. Cámara de Apelaciones con la Presidencia de la Sra. Jueza de Cámara María Inés de VILLAFAÑE y la asistencia de los Sres. Jueces de Cámara Dr. Mario Luis VIVAS y Dr. Heraldo Enrique FIORDELISI para celebrar acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **"A. N. F. C/ O. C. A. SRL S / Cobro de pesos - LABORAL" (Expte. 23 - Año 2013)**, venidos del Juzgado Laboral Nº 2 (Expte Nº 368/10), en apelación. Los magistrados resolvieron plantear las siguientes cuestiones: **PRIMERA CUESTIÓN**: ¿es justa la sentencia apelada? **SEGUNDA CUESTIÓN**: ¿qué pronunciamiento corresponde dictar? y expedirse en orden al sorteo practicado a fs. 294.

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

1.

La Sra. Jueza de la otra Instancia dictó sentencia a fs. 261/269, admitiendo la demanda promovida por N. F. A. en contra de O. C. A. S.R.L. condenando a esta última a abonar al primero la suma de $ 116.599,52 con más intereses.

En lo pertinente, y para arribar a dicha conclusión, consideró que el caso de autos debía ser resuelto a la luz del principio de primacía de la realidad, por aplicación del art. 23, LCT.

A tales efectos estimó que, reconocida la prestación de servicios era la demandada quien debía probar que el vínculo no era de relación de dependencia.

Además, valoró la prueba testimonial rendida por R. (fs. 130/131), P. (fs. 134/135), M. (fs. 146/147), A. (fs. 128/129), V. (fs. 144/145) y V. (fs. 132/133).

Concluyó que la prueba testimonial resultó concordante y veraz, otorgándole pleno valor probatorio. En tal sentido, apuntó que los testigos describieron en forma coincidente, dando cuenta del desempeño del actor en tareas propias del giro empresario de la demandada, con cumplimiento de horarios en tareas previamente diagramadas que le eran asignadas y recibiendo órdenes del personal jerárquico.

De tal suerte que encontró acreditada la configuración de un vínculo laboral entre las partes del proceso, presumiendo la existencia de un contrato de trabajo a raíz del ejercicio del poder de dirección y organización de OCA sobre el actor.

Aplicó también la presunción del art. 55, LCT en virtud de la falta de exhibición de las constancias a que alude el art. 52, de la misma ley, desplazando la carga probatoria hacia la demandada tendiente a desvirtuar los datos alegados por el trabajador.

Admitió el reclamo indemnizatorio, encontrando correcta la base económica utilizada en la demanda para cuantificar los rubros reclamados, y el método de cálculo de la liquidación provisoria allí consignada.

Impuso costas a la demandada y reguló los honorarios de los profesionales intervinientes.

2.

A fs. 271 apeló la sentencia el actor y a fs. 274 lo hizo la demandada: El primero, expresó agravios a fs. 276/279 y el segundo, a fs. 281/282. Se corrieron los traslados respectivos a fs. 280, y a fs. 283. La actora los contestó a fs. 283 y la demandada no hizo uso de tal derecho.

3.

Por una cuestión metodológica, abordaré en primer término el análisis de los agravios de la parte demandada, pues su éxito condicionará los expresados por la parte actora.

Si bien la accionada plantea dos quejas (yerro judicial sobre la existencia de relación laboral y sobre inexistencia de estructura empresarial propia del actor), ambas ameritan ser tratadas en conjunto, pues, la piedra basal sobre la que asienta su agravio consiste en la inexistencia de vínculo laboral entre las partes, sino la existencia de uno de índole comercial.

Señala que el decisorio, para arribar a tal conclusión, omitió considerar que en autos el actor no agregó prueba documental alguna que abonara sus afirmaciones. Su parte desconoció la identificada en los ptos 8), 9), 10) y 11), sin que incorporara otra que corroborara sus dichos. Tanto las "planillas de recorrido" como las de "Registros de servicios del recorrido", "parecían" ser importantes para la constatación probatoria de su postura, pero, al haber sido desconocidas, dejaron vacío de contenido su afirmación. La sentencia, remata, no realizó consideración al respecto y sustituyó esa ausencia probatoria con los dichos de los testigos.

Por su parte, afirma que la Sra. Jueza omitió considerar que la actora sólo aportó tres testigos, y éstos sólo reconocieron la función que el actor realizaba en la empresa: reparto de encomiendas, retiro y entrega de bolsines.

Afirma la condición de monotributista del actor y que cobraba con cheques de acuerdo a la modalidad de kilómetros recorridos, piezas entregadas o tiempo que ello le insumía, y que las instrucciones que recibía hacían a la esencia del servicio que la empresa presta.

Finalmente, sostiene que la sentencia desconoció la existencia de una estructura empresarial propia, cuando en verdad ello jamás fue invocado por su parte. Se trataba de una tercerización del trabajo, extremo que el propio actor reconoció al absolver posiciones al reconocer como propias las firmas insertas a fs. 27/30 del contrato comercial suscripto. Inclusive, asevera, los testigos mencionados en la sentencia "reconocieron cuestiones afirmadas al contestarse el libelo de demanda", que el actor realizaba transporte de carga en un vehículo de su propiedad, que el mismo carecía del *logo* de la empresa, que afrontaba los gastos que su trabajo le insumían, que facturaba mensualmente de acuerdo a las horas que le dedicaba a su prestación.

El decisorio de autos entendió que se encontraba configurado el vínculo laboral entre el actor y al demandada, debido a que, en base a la valoración de los hechos, existía una presunción de existencia de un contrato de trabajo a raíz del ejercicio del poder y organización de O. sobre el actor, y las modalidades de la prestación del servicio. Además, señala el pronunciamiento, no se demostró que el trabajador

hubiera poseído una estructura empresarial propia, ni que hubiera realizado tareas con libertad ni autonomía, y que a consecuencia de ello, hubiera podido gozar de los frutos de su trabajo. Se trató de una prestación de servicios personales e infungibles a favor de otro, según sus órdenes e instrucciones y bajo su dependencia jurídico personal, recibiendo a cambio de su trabajo un importe regular mensual, siendo demostrativo ello de su subordinación económica respecto de la demandada.

Consideró, además, aplicable la presunción del art. 55, LCT, lo que produjo el desplazamiento de la carga probatoria en cabeza de la accionada ante la falta de exhibición de los libros del art. 52, LCT, como así también consideró operativo el art. 41 de la ley de rito.

Contra tales asertos, ningún agravio ensayó el demandado con fundamento fáctico o jurídico.

Hasta aquí, el recurso no contiene una crítica razonada del fallo apelado y sus consideraciones no pueden ser aprehendidas para conmover las bases de sustentación de la pieza decisoria que ataca.

No obstante ello, y guiado por el criterio que esta Cámara viene sosteniendo en cuanto a la apertura del análisis en caso de duda, y que esa vía es la más adecuada para el cumplimiento de la manda constitucional de la garantía de defensa en juicio, he de considerar aquélla crítica que formula en cuanto a la apreciación de la prueba testimonial con relación a su condición impositiva y a la naturaleza del servicio que prestaba el actor y el contrato celebrado por las partes que consta a fs. 27/30. En ese orden.

En lo que se refiere a la testimonial, el agravio sostiene que esa prueba tuvo por acreditado el carácter de monotributista del actor, circunstancia que queda corroborada con la declaración de P. (fs. 134, contestación a las generales de la ley), no así la de M. y V., pese a los dichos de la queja.

Se ha señalado que la emisión de facturas por servicios cumplidos y la inscripción como monotributista del accionante, no son determinantes para excluir la existencia de un contrato de trabajo, ya que es común que los empleadores le exijan estos a sus trabajadores, cuando se pretende disimular la existencia de un verdadero contrato bajo una figura distinta y con ello lograr evadir la aplicación de la normativa laboral (Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, sala VII, “ Soler, Martín Luís c. Jorge Bensúa Publicidad y Sponsoring S.R.L. y otro”, 18/02/2008, La Ley Online AR/JUR/434/2008), ni constituye un elemento que permita aseverar

la existencia de un contrato de locación de servicio, si en el caso la dependencia económica resulta existente (cfr. Cámara 1a del Trabajo de Mendoza, “ Colucci, Leonardo Angel c. Obra Social de los Empleados Públicos (O.S.E.P.)”, 11/06/2007, La Ley Online, AR/JUR/6088/2007).

Con respecto al segundo de los aspectos mencionados, ha quedado acreditado que el actor celebró un “contrato de transporte” con la demandada, y que se encuentra incorporado a autos como prueba documental a fs. 27/30, cuyas firmas el accionante reconoció como suyas (fs. 117, contestación a la 12ª posición).

Del referido instrumento surge que el actor se comprometía a poner a disposición de la demandada, con vehículos de propiedad de su empresa o subcontratados, en casos de excepción y previa autorización, el transporte de cosas que pudiera tener el comitente para sí o para terceros (ver cláusula primera). A tales efectos, el comitente proveería la carga a ser transportada a sus destinatarios, procediendo posteriormente el contratista a hacer entrega de la misma (ver cláusula segunda).

De dichas cláusulas y la inteligencia del desarrollo del resto del contrato, surge que era el transporte y no otra actividad la que debía realizar el contratista, es decir el actor, a indicación del comitente, o sea la demandada.

No obstante ello, cabe señalar que el actor cumplía un horario de trabajo, que variaba según las tareas, de lunes a sábado (ver declaración de A., fs. 128, contestación a las generales de la ley; de V., fs. 231, contestación a la tercera pregunta; P., fs. 134, contestación a las generales de la ley y a la cuarta pregunta; V., fs. 144 vta, contestación a la segunda repregunta; M., fs. 146, contestación a las generales de la ley).

También debe apuntarse que el actor recibía instrucciones para la realización de sus tareas, las que emanaban de un encargado de ello para la ocasión, tal cual lo expresado por A. (fs. 128 vta, contestación a la quinta repregunta); V. (fs. 132 vta, contestación a la quinta repregunta), V. (fs. 144 vta, contestación a la quinta repregunta) y M. (fs. 146, contestación a la primera pregunta).

Finalmente, debe ponerse de resalto que el actor percibía una remuneración mensual, a razón de diez horas, de lunes a viernes, y de cinco horas en días sábado (fs. 146, ver contestación de M. a la tercera pregunta).

Contrastadas estas circunstancias con el contrato suscripto, debo adelantar que el mismo no contemplaba que el comisionista debiera cumplir con un horario de tareas sujeto a regularidad.

Tampoco indicaba el contrato que el comitente debía quedar sujeto al cumplimiento de instrucciones. Sólo señalaba que el comitente podía supervisar y/o auditar al contratista en cualquier momento y lugar del transporte, a fin de verificar el correcto cuidado de la carga y el cumplimiento del transporte (ver cláusula 13ª).

Además, las obligaciones que el contratista, según la cláusula 1ª), apartado 4°) tendría respecto del comitente serían las que el Código de Comercio le impone al acarreador o porteador.

Son los arts. 162 a 206, Cód. de Comercio aquellos que regulan la actividad de acarreadores, porteadores o empresarios de transporte.

Al efecto, entre las obligaciones de quienes se encargan de conducir mercaderías o personas, se encuentra aquella que exige la entrega de las mismas en el tiempo y en el lugar del convenio, emplear todas las diligencias y medios practicados por las personas exactas en el cumplimiento de sus deberes en casos semejantes, para que los efectos o artículos no se deterioren; haciendo a tal fin, por cuenta de quien pertenecieren los gastos necesarios (art. 162, Cód. Com). Tienen las mismas obligaciones que los mandatarios mercantiles, están obligados a llevar un registro particular con las formalidades del art. 53 y 53, Cód. cit y otras que surgen de su mismo texto. También pueden las partes exigirse mutuamente una carta de porte con los contenidos que señala la norma del art. 165, a tal punto que, según el art. 167, dicha carta es el título legal del contrato entre comitente y comisionista, y por su contenido se decidirán las controversias que ocurran con motivo del transporte de efectos, sin otra excepción que la falsedad o error involuntario en la redacción; frente a su ausencia, la norma señalada dispone que deberá estarse al resultado de las pruebas de cada parte.

Ninguna de estas prescripciones parecen guardar relación con las modalidades del vínculo que los testigos describen.

Con respecto a la contraprestación dineraria, cabe señalar que con el contrato de fs. 27/30 no se ha acompañado el Anexo A referido a ellas, por lo que se desconoce, en el marco de dicho contrato, cuál era el importe que recibía el actor, debiendo remitirnos, en cuanto a las modalidades de su cumplimiento, a lo expresado por el testigo M. a fs. 146.

En síntesis, de las pruebas colectadas en autos no surge que la relación que unía al actor con la demandada se encontrara vinculada con las prescripciones del propio contrato ni con la figura que contempla el Cód. de Comercio. Se trata, más bien, de una actividad laboral llevada a cabo con frecuencia regular en días y horarios, en

tanto el actor se encontraba sujeto a instrucciones de personal encargado de ello, percibiendo remuneraciones fijas por sus tareas realizadas, y sujeto al control, supervisión y organización interna de la empresa demandada, propio de una relación laboral.

Del análisis efectuado, he de aplicar, tal como lo hiciera la Sra. Jueza de grado anterior, el principio de primacía de la realidad, según el cual, cuando no hay correlación entre lo que ocurrió en los hechos y lo que se pactó o se documentó, hay que dar primacía a los primeros.

Según este principio, prima la verdad de los hechos (no la forma) por sobre la apariencia. En consecuencia, las estipulaciones contractuales por escrito (que no son frecuentes en derecho del trabajo), no tienen más que un valor de presunción, que cae ante la prueba de los hechos. Se imponen éstos sobre la denominación o calificación que las partes atribuyan a la relación contractual.

Este principio es importante para resolver la situación en los casos de simulación o de fraude laboral (arg. art. 14, LCT), tan frecuentes en la práctica, para no cumplir con las exigencias mínimas de la ley. En tales situaciones, se toma en cuenta la realidad, no lo pactado. Las cláusulas simuladas o fraudulentas son reemplazadas *ope legis* por las que correspondan en virtud de las disposiciones de orden público laboral que se hubieren violado (arg. arts. 7, 13 y 14, LCT; cfr. Vázquez Vialard, Antonio”Derecho del Trabajo y la Seguridad Social”, T° I, Ed. Astrea, p. 138 y ss).

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

La demandada, quien sostuvo en autos que la prestación del actor no correspondía a una causa laboral, debió probar (mas no lo hizo) que "las circunstancias, las relaciones o causas que lo motiven", no posee ese carácter (art. 23, 1er. párr. LCT).

Por ello, atento el análisis de las testimoniales y el contrato suscripto (fs. 27/30) realizado precedentemente y todo lo expuesto, concluyo que es de aplicación el art. 23, LCT en orden a la existencia de relación laboral entre las partes de autos, enmarcada, de acuerdo a la naturaleza de dicho vínculo en el CCT 40/89.

Por ello, deben desestimarse las quejas de la demandada y confirmar el decisorio en el sentido señalado.

4.

Se agravia el actor pues el decisorio debió considerar una antigüedad de ocho períodos (cfr. art. 245, LCT) , ya que prestó servicios por un lapso de siete años y más de tres meses, habiendo computado sólo siete períodos a los fines de la indemnización dispuesta.

Reconoce haber incurrido en error al practicar liquidación provisoria en su libelo de demanda al consignar siete períodos, el que fue subsanado en oportunidad de presentar su alegato. Sin perjuicio de ello, sostiene que la demandada denunció como firma del contrato el día 26.07.2002, en cuyo caso, también habrían de computarse ocho períodos (y no siete) a los fines indemnizatorios.

Debo señalar en primer término que el alegato no es la oportunidad procesal para subsanar errores incurridos en la demanda; es la fecha de la traba de la litis la que marca el límite de toda modificación que de ella se hiciera (art. 334, del CPCC), sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 369, Cód. cit., respecto de hechos nuevos.

En el caso de autos, el actor practicó liquidación sobre la base de siete períodos, y la demandada contestó demanda en función de lo peticionado, habiendo el decisorio dictado sentencia en la inteligencia de tal reclamo, guardando así el debido principio de congruencia.

Es sabido que los jueces no pueden (ni deben) avocarse a cuestiones que no hubieran sido traídas a su juzgamiento, pues incurrirían en incongruencia, que es una derivación de la garantía de debido proceso constitucionalmente consagrada (art. 18, CN).

El principio de congruencia consiste en la conformidad que debe existir entre la sentencia y las pretensiones, oposiciones y defensas vertidas válidamente por las partes durante el transcurso del proceso, que constituyen el objeto litigioso determinándose así el *thema decidendum* que limita y vincula al órgano jurisdiccional .

Se trata de un principio derivado del sistema dispositivo y siguiendo a Peyrano (“El Proceso civil. Principios y fundamentos”, Ed. Astrea, p. 64) puede definirse como "la exigencia de que medie identidad entre la materia, partes y hechos de una litis incidental o sustantiva y lo resuelto por la decisión jurisdiccional que la dirima".

Está relacionado con el principio de no contradicción. Éste impone que el fallo no debe contener ni más ni menos de lo pedido por las partes, como tampoco sostener algo distinto de lo pedido por ellas. El incumplimiento de este postulado tornaría nula a la sentencia.

Por otra parte, cierto es que los jueces no se encuentran habilitados a enmendar los errores u omisiones de las partes variando las causas o el objeto, pues esto les está absolutamente vedado y tornaría nula la sentencia.

El juez únicamente queda vinculado por el contenido efectivo de la pretensión, ya que no puede ni debe convertirse en parte; no puede imponer cambios de acción; ni suplir pruebas no ofrecidas en la oportunidad debida, ya que no debe quebrar el equilibrio del proceso, pues todo ello conlleva sin equívocos a una administración de justicia absolutamente parcializada y contradictoria en sí misma, repugnante con el derecho de defensa de raigambre constitucional.

Al mismo tiempo, la *ratio juris* de dicho principio, radica -por un lado- en la garantía constitucional de defensa en juicio, otorgando a ambas partes la oportunidad legal de defender cada una de las razones que sustentan sus respectivas pretensiones, y por el otro, en el derecho constitucional de igualdad ante la ley, brindando a ambos litigantes respuesta jurisdiccional sobre todos y cada uno de los puntos sometidos a conocimiento del tribunal.

En sintonía con lo expresado, el art. 280 de nuestro ordenamiento procesal local veda a la Alzada entender en todas aquellas cuestiones que no hubiera sido sometidas al juzgamiento del Juez anterior.

El régimen del art. 277 del Cód. Procesal (art. 280, de nuestro ordenamiento adjetivo local) sólo atribuye al Tribunal de segunda instancia la jurisdicción que resulta de los recursos deducidos por ante ella, limitados a su vez en el contenido del *"thema decidendum"*. Tal prescripción normativa, torna improcedente el examen de las cuestiones que no fueron objeto de sustanciación en la instancia anterior. (cfr. CAPM, “H.” SDL 18 /12; CAPM, “D. S.” SDL 35/12, Cámara

Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala B, "Ciucci, Luis S. y otro c. Garage Coronel Brandsen de Saigon S. R. L. y otros", 08/09/1993, AR/JUR/2178/1993).

En función de lo expresado, estimo que la queja del actor debe ser rechazada con fundamento en el señalado art. 280, del CPCC.

5.

En atención a lo expuesto, propondré al Acuerdo desestimar las quejas de las partes y confirmar el pronunciamiento de fs. 261/269.

6.

Con respecto a las costas de esta Instancia, y en atención a lo que resulta de lo precedentemente expuesto, las costas deben ser impuestas en el orden causado (art. 72, del CPCC).

7.

En consecuencia, corresponde regular los honorarios profesionales por su labor en la presente Instancia, al Dr. F. A. y M. A., apoderados de la parte actora, en el 13,5% para cada uno de ellos de lo que les correspondiere en la Instancia anterior, y al Dr. E. J. U., apoderado de la parte demandada, en el 25% de lo que le correspondiera en la Instancia anterior con más I.V.A., si correspondiere (arts. 5, incs a), b) y c), 7 y 13 y cc . de la ley arancelaria).

Por tales razones, voto por la **AFIRMATIVA**

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

1) Los antecedentes - La sentencia - Los agravios.

El Sr. Juez de Cámara Dr. Mario Luis Vivas 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 a cada uno de ellos. Por lo tanto, encontrándose cumplimentados los recaudos de ley, corresponde me

aboque directamente al tratamiento de los agravios expuestos por las partes.

2) <u>Tratamiento de los agravios de la parte demandada</u>.

2.1) <u>La existencia de relación laboral y la inexistencia de estructura empresarial propia del actor</u>.

Habiendo planteado la parte demandada su cuestionamiento en cuanto a que la sentencia ha considerado la existencia de una relación de trabajo dependiente entre las partes de este proceso y que su parte nunca pretendió probar que el trabajador haya poseído una estructura empresarial propia, lo cual fue evaluado también por la Magistrada a quo, coincido con lo expresado precedentemente por el Sr. Juez Dr. Vivas en cuanto a la procedencia de tratar ambas cuestiones en un mismo punto en atención a la estrecha relación habida entre ellas.

Adelanto que los agravios que debe tratar esta Alzada superan mínimamente los requisitos que exige la norma del art. 268 del ritual. Sin embargo, tengo presente que la suficiencia técnica del escrito debe examinarse con criterio flexible, evitando caer en excesos rituales (conf. Cám. 1ª, Sala III, La Plata, C. 194.272, RS 7/86; cit. MORELLO-SOSA-BERIZONCE-TESSONE, "Manual de Cód.Proc.Civ.Com.", pág.296) y que el juicio de suficiencia no debe llevarse a cabo con injustificado rigor formal, que afecte la defensa en juicio, o con palmario apartamiento de lo que se desprende del escrito respectivo con inequívoca claridad, pues si así se actúa se incurre en arbitrariedad (conf. CSJN, LL 1980-C-255). Teniendo presente estos principios, procederé a su tratamiento.

El actor ensaya una crítica con respecto a la valoración de las pruebas que ha hecho la Sra. Magistrada a quo y muestra su disconformidad con ello y porque otorgó mayor relevancia a una prueba sobre otras.

He dicho ya ante planteos similares que los jueces de mérito pueden preferir alguna de las pruebas producidas a otras y omitir toda referencia a las que estimen inconducentes; que basta expresarse en su valoración de los datos fácticos a aquellos dirimentes para la solución del caso y que no deben seguir al pie de la letra las argumentaciones de las partes, siendo suficiente que se pronuncien sobre la cuestiones fundamentales (doct. art. 384 CPCC; conf. SCBA, Ac. 22330, 13/10/76; Ac. 33589, 02/11/84; Ac. 33693, 25/09/84; Ac. 41085, 07/07/89; Ac. 82248, 23/04/03, entre otros). Si bien el juez tiene el deber de apreciar la prueba, ello no implica la obligación de referirse en detalle a cada uno de los elementos aportados, sino de seleccionarlos a fin de fundar el fallo en los más eficientes, tal como viene de la acción de los artículos 165 y 390 de la ley procesal.

Es que no existe imposición de merituar todas y cada una de las pruebas arrimadas pues se halla dentro de las facultades legalmente regladas -como ya lo referí- la de preferir uno sobre otros sin siquiera hacer mención de estos últimos, cuando no resulten relevantes para la dilucidación de la cuestión litigiosa.

Respecto a la crítica del apelante en relación a la valoración de la prueba, es del caso atribuir inoperancia al intento de probar un hecho a través de la personal interpretación de las pruebas, bajo la pretensión de que el sentenciante, que decide de acuerdo a los datos que considere dirimentes, deba explicar en cada caso, el porqué prescinde de la valoración de unas u otras, cosa que importaría sin lugar a duda una declinación del principio del artículo 390 y concs. del Cód. Procesal. Además, la prueba debe valorarse en su conjunto tratando de vincular armoniosamente los distintos elementos de conformidad con las reglas impuestas por la mencionada norma del ritual.

Tienen así los jueces de la instancia ordinaria la facultad de seleccionar los elementos probatorios -entre ellos a los testigos que los lleve a la convicción

de certeza- descartando los que estimen superfluos (conf. SCBA, D.J.B.A., 114, p. 354; ED 79-447).

Se esgrime en el agravio que los testigos P., M. y V. reconocieron que A. era "monotributista" y que cobraba con cheques de acuerdo a la modalidad de kilómetros recorridos, piezas entregadas o tiempo que ello le insumía. Anticipo que le restó expresar a la agraviada porqué estos datos son suficientes para eliminar la posibilidad de la existencia de una relación laboral entre las partes, de allí que su pretensión no aparece adecuadamente sustentada. Sin perjuicio de ello, avanzo en su análisis.

Debe tenerse en cuenta -dando respuesta a la queja- que el hecho de que el actor facturara sus servicios, que poseyera número de clave única de identificación tributaria (CUIT) y/o que estuviera inscripto como "monotributista", es irrelevante para determinar la inexistencia de una relación laboral cuando -tal como aquí ocurre- se encuentran acreditadas circunstancias que son determinantes y características de la dependencia personal propia del contrato de trabajo, como lo constituye la posibilidad del empleador de dar órdenes y de sustituir en todo momento la voluntad del trabajador por la suya propia en horarios, modalidades, etc. (dependencia jurídica) (conf. CNTrab., Sala X, 20/11/2000, DT, 2001-A-808). Reiteradamente se ha resuelto que *"resulta insuficiente para descartar la naturaleza laboral del vínculo, la circunstancia de que la trabajadora se encontrase inscripta en la DGI, pues ello constituye una forma de intentar encubrir la verdadera esencia de la relación"* (CNTrab., Sala VI, 29/09/99, DT, 2000-A-610). Además, no puede asignársele ninguna virtualidad probatoria a la existencia de facturas abonadas por la demandada al trabajador por los servicios prestados, pues lo determinante son los hechos tal como se dan y no lo que las partes quieren decir de su relación o las denominaciones o formas que de buena o mala fe adopten para poner un velo sobre lo realmente ocurrido.

En la queja se hace referencia también al "contrato comercial" celebrado entre las partes al iniciar su vinculación (fs. 27/30) y que ha sido reconocido por el actor. Se trata de un "contrato de transporte" en el que el actor se compromete a poner a disposición de la demandada el transporte, con vehículos propios o subcontratados, para si y/o para terceros.

Es importante destacar que la circunstancia de que se haya firmado un contrato en que se califica la prestación como *"contrato de transporte"* o que el actor percibiera una retribución mediante la presentación de facturas por la realización de los servicios de transporte, no reviste relevancia a los fines de la caracterización de la relación pues -como dijera supra- debe prevalecer el contenido real de la vinculación, ya que el rigorismo de las formas cede para que prime la verdad objetiva y la naturaleza concreta de la relación existente.

Lo dicho encuadra con la normativa del art. 21 LCT, que dice que habrá contrato de trabajo, *"cualquiera sea su forma o denominación"*, siempre que una persona física se obligue a realizar actos, ejecutar obras o prestar servicios en favor de la otra y bajo la dependencia de ésta, durante un período determinado o indeterminado de tiempo, mediante el pago de una remuneración. Observemos que la norma establece claramente que habrá contrato de trabajo *"cualquiera sea su forma o denominación"*, lo que significa que habrá que atenerse a la realidad de los hechos más que a la denominación o forma jurídica que le hubieran otorgado las partes. Es lo que se llama la *"primacía de la realidad"*.

En materia laboral rige este principio por el cual la naturaleza de las relaciones debe determinarse por el examen de las características que las conforman y las definan en la realidad de los hechos y no por documentaciones -en el caso, contrato de transporte- cuya suscripción o emisión bien pudo constituir una imposición más del dador de trabajo

(conf. CNTrab., Sala VII, 18/11/02, DT, 2003-B-1018; ETALA, C.A., "Contrato de Trabajo", pág. 92, ed. Astrea, 5ª edic.).

Es por aplicación del "principio de la realidad", que el juez debe desentrañar las características de la relación que unió a las partes, por sobre sus aspectos formales (conf. CNTrab., Sala VII, 24/09/02, DT, 2003-A-559).

Pues bien, precisamente en la tarea de desentrañar aquí las características de la relación que unió a las partes por sobre las cláusulas que contiene el instrumento obrante a fs. 27/30, surgen distintos elementos y/o características que derrumban la figura del trabajador autónomo que ha pretendido atribuirle la demandada al actor. Y esas características o notas tipificantes surgen -fundamentalmente- de las declaraciones testimoniales producidas en el proceso, conforme lo ha evaluado la sentencia en crisis.

Por ejemplo, el hecho de que la empresa accionada fuera quien organizaba la labor y que el accionante estuviera sujeto a las directivas que aquélla le impartiera (testigos: R. (fs. 130/131), P. (fs. 134/135), M. (fs. 146/147) y V. (fs. 132/133), revelan la existencia de las notas típicas de dependencia (conf. CNTrab., Sala VI, 29/09/99, DT, 2000-A-610).

Además, ha quedado demostrado que el actor debía respetar horarios de carga, hojas de ruta y se encontraba en la imposibilidad de variar los fletes (testigos R., P., M., A. (fs. 128/129), V. (fs. 144/145) y V.), por lo que cabe concluir que tanto el poder de dirección como el disciplinario eran ejercidos exclusivamente por la demandada por lo que medió entre las partes un verdadero contrato de trabajo en subordinación (arts. 5, 21, 23, 25, LCT) máxime si no se demuestra que el fletero era un verdadero empresario autónomo y con establecimiento propio, según el art. 23, parte 2ª., de la LCT (conf. CNTrab., Sala VII, 22/11/90, DT, 1991-B-1215).

Surge también de los dichos de los testigos que he mencionado en los párrafos anteriores, que el actor tenía una hoja de ruta que le entregaba la empresa demandada, tenía la obligación de atender a un número

determinado de clientes por día, tenía una zona delimitada, tenía obligación de presentarse todos los días y la empresa tenía el poder disciplinario porque controlaba todo su trabajo. Por lo tanto, se ha configurado el presupuesto del art. 23 de la LCT, existiendo relación de dependencia.

Es evidente que, independientemente de que el vehículo que utilizaba el actor era de su propiedad, debe considerarse que el vínculo entre las partes ha sido de naturaleza laboral dependiente, pues -conforme surge de las declaraciones de los testigos R., P., M., A., V. y V.- se trata de una persona física que prestó servicios personales bajo la dependencia jurídico-personal y económica, ya que la clientela correspondía a la empresa, que era quien determinaba el orden y las condiciones en que debía realizarse el trabajo, aunque el poder disciplinario estuviese latente.

Es por ello que se ha decidido que si se trata de una relación anudada entre una persona física y una sociedad dedicada al transporte de carga, al no contener ninguna definición expresa en la legislación, se encuentra sujeta a las disposiciones del art. 21 y concs. de la LCT (conf. CNTrab., Sala X, 29/06/01, DT, 2002-A.102).

En el caso y conforme surge de la sentencia en crisis, se encuentran reunidas las notas típicas de una relación laboral dado que se ha probado mediante la declaración de los testigos ya referidos, que el actor estuvo inserto en la organización empresaria de la demandada (O.), a quien beneficiaba con los servicios que prestaba en forma personal atendiendo a los clientes que eran exclusivos de la empresa; que se encontraba a disposición de la demandada en días y horarios prefijados; que debía atender a los clientes que la empresa le ordenaba ubicados en un radio predeterminado y en un lapso máximo también fijado por la empresa; que percibía como contraprestación pagos mensuales y que era controlado en sus labores por la empresa empleadora.

La parte demandada ha sostenido que el actor era un trabajador *"autónomo"* y no dependiente. El carácter de *"autónomo"* se presenta cuando existe independencia del trabajo o ausencia de subordinación, incompatible con la posición de trabajador en el sentido del art. 25 de la LCT y quien presta los servicios desenvuelve su actividad en una organización propia, de la cual el mismo sujeto es el organizador, de modo que no queda sometido a poderes directivos de una organización de los cuales él mismo no sea titular. Entonces, la "autonomía" -por oposición a la dependencia- se define por la autoorganización del trabajo. El trabajador *"autónomo"* no se incorpora a la organización de un tercero (el acreedor de las obras o de los servicios), sino que organiza su propia actividad y como consecuencia asume sus riesgos, trabajando por sí y para sí (por cuenta propia y no por cuenta ajena), obteniendo una ganancia distinguible del salario (conf. FERNANDEZ MADRID, "Tratado Práctico", T. I, págs. 141, 142; ETALA, C.A., ob. cit., pág. 122).

La demandada refiere en su queja que nunca pretendió probar que A. poseía una "estructura empresarial" para cumplir la tarea de fletero la cual además no le hacía falta. Pero he aquí que, independientemente de lo que la demandada haya pretendido o no probar, lo que sí debió probar es que A. era o fue un trabajador *"autónomo"*, con las características de la autonomía laboral que acabo de expresar.

Ninguna probanza conducente arrimó al proceso la demandada para demostrar que el actor ha sido un trabajador *"autónomo"* y de allí que no haya logrado desvirtuar la presunción que contiene la norma del art. 23 LCT, que es lo que ha generado la consecuencia de que la sentencia en crisis lo condene a pagar los rubros que se discriminan en la misma.

Lo hasta aquí expuesto y fundamentado, me conducen a proponer -concordando con el voto precedente del Sr. Juez Dr. Vivas- el rechazo de los

agravios de la parte demandada y la confirmación de la sentencia en lo que ha sido materia de ellos. Es mi voto.

3) <u>Tratamiento del agravio de la parte actora</u>.

<u>La antigüedad del actor en su relación de trabajo</u>.

Agravia al actor que la sentencia haya computado -a los fines indemnizatorios- siete (7) años de antigüedad cuando, de la prueba producida en autos, surge que la misma fue de ocho años. Reconoce que su parte cometió un error involuntario en el capítulo "Liquidación Provisoria" del escrito de inicio al efectuar el cálculo de la indemnización por antigüedad tomando como base siete (7) períodos, cuando debió hacerlo tomando ocho (8). Sin embargo -dice el recurrente- tal error involuntario fue subsanado en oportunidad de alegar sobre bien probado (fs. 278 vta.).

En síntesis, el actor reconoce que efectuó el reclamo calculando su antigüedad en siete (7) años, que se equivocó al plantear la demanda en esos términos y que rectificó su postura al presentar su alegato.

El art. 333 del ritual es terminante en cuanto al contenido que debe tener el escrito de demanda, no con un fin ritualista vacío de basamento jurídico, sino todo lo contrario, para salvaguardar el adecuado y amplio ejercicio del derecho de defensa de aquel contra quien se la dirige (conf. CNCiv, Sala G, 02/11/87, DJ, 1988-1-787; CARRIO, "Cómo argumentar un caso frente a un tribunal", Jus, 25-43 y "Cómo estudiar un caso", Jus, 27-13).

El inciso 3° de la norma referida hace referencia a que la demanda debe contener *"la cosa demandada, designándola con toda exactitud"*. Este inciso, en cuanto establece que la cosa demandada debe ser designada con toda exactitud, obedece a que el demandado debe tener conocimiento de qué es lo que se le reclama, como también a que el juez en la sentencia no debe incurrir en exceso ni en defecto, sino fallar únicamente sobre lo que fue

objeto de controversia (conf. CNCiv., Sala E, 15/05/79, ED, 87-603, N° 45 y 46).

Corresponde tratar ahora hasta qué momento es posible que el actor modifique la demanda. El Código nos dice que el actor podrá modificar la demanda *"antes de que ésta sea notificada"* (art. 334 CPCC). O sea, antes de que se trabe la litis, el demandante puede modificar la demanda o cambiarla. La modificación está permitida por el at. 331. Así, puede integrar nuevos elementos o adaptar la demanda al tipo de proceso indicado por el juez; puede aclarar las deficiencias formales o sustanciales, o adicionar elementos al litigio sin alterar la pretensión (como sería citar a un tercero omitido en la intervención obligada). Pero en esta etapa el cambio de demanda no es permitido, pues -como dice Rosenbeg- significaría el cambio de objeto litigioso pretendido en el escrito de demanda (conf. ROSENBERG, Tratado, T. I, pág. 127, cit. por FALCON, E.M., "Cód. Proc. Civ. Com. de la Nación - Coment., Anot. y Conc.", T. I, pág. 911).

Lo hasta aquí expuesto nos conduce -sin ninguna duda- a dejar sentado que no es posible admitir que el actor realice una modificación de la demanda en el momento de presentar su alegato. Por lo tanto, no corresponde avalar la rectificación que pretende el actor en cuanto a que debió reclamar por ocho años de antigüedad y no por siete como plasmó en su escrito inicial. Por otra parte, no se está frente a un planteo de "hecho nuevo" contemplado por la norma del art. 369 del CPCC.

Lo dicho tiene una estrecha y necesaria relación también con el *"principio de congruencia"*. Es que todo lo relativo a los hechos está enmarcado en el principio de congruencia (art. 34, inc. 4° CPCC), que consiste en la relación inmediata y necesaria que debe existir entre las pretensiones de las partes y lo resuelto por el juez. Las resoluciones judiciales deben dictarse de acuerdo con el sentido y alcance de las peticiones formuladas por las partes, para que exista identidad entre lo resuelto y las pretensiones y defensas

oportunamente deducidas, a menos que la ley otorgue al juez facultades especiales para separarse de ellas (conf. CNCiv., Sala A, 11/12/86, DJ, 1987-2-306; íd., Sala E, 02/08/84, DJ, 1985-1-465).

Cuadra puntualizar que en el sistema dispositivo que informa al proceso civil, predomina el señorío de la voluntad de las partes, pus son éstas quienes fijan y determinan el objeto litigioso y aportan el material de conocimiento (conf. DIAZ, "Instituciones de derecho procesal", T. I, pág. 341, N° 17). El órgano jurisdiccional queda así vinculado por los límites del *thema decidendum*, los cuales no pueden ser excedidos, desde que son los justiciables los que precisan los hechos que deben ser materia de juzgamiento, derivándose como consecuencia de ello el principio de congruencia, al cual deben ajustarse en su cometido los jueces (arts. 34, inc. 4° y 165 inc. 6°, CPCC).

Como correlato de lo expuesto no puede introducirse *ex officio* una cuestión que no ha sido planteada por los litigantes, pues importaría emitir una decisión sobre algo que no fue propuesto por las partes (conf. Cám. 2ª., Sala I, La Plata, causa B-50.966, reg. sent. 53/82).

De lo expuesto queda en claro que la comparación entre lo reclamado y lo decidido, debe guardar una estricta correspondencia, menoscabándose el aludido requisito cuando la sentencia se aparta de la materia que fijaron las partes.

Tengo en cuenta, también, que se configura la incongruencia cuando el fallo se pronuncia sobre una materia extraña a la que fue objeto de la pretensión y de la oposición *-ne eat iudex extra petita partium-*, concediendo o negando lo que ninguno de los justiciables peticionó (conf. PALACIO, L.E., "Derecho Procesal Civil", T. V, N° 663, págs. 429 y sigs.).

En el caso, el actor reclamó se lo indemnice por siete años de antigüedad, el demandado contestó la demanda en base a ese reclamo puntual y la sentencia –obviamente—resolvió sobre dicha petición y no sobre ocho años

de antigüedad. Pretender a esta altura del proceso, atento los postulados que acabo de expresar y que rigen en la materia, que este Cuerpo admita una modificación de la demanda en lo que hace a los años de antigüedad que corresponde sean indemnizados al actor y resolver sobre ello, implicaría lisa y llanamente violar las normas y principios procesales antes referidos, dictando una sentencia nula.

Y lo que acabo de expresar no admite discusión porque las sentencias que deciden materias no planteadas, deben ser dejadas sin efecto por resultar violatorias del derecho de defensa en juicio, lo cual las descalifica como acto judicial y torna procedente la tacha de arbitrariedad (conf. CSJN, Fallos, 247:681; 261:209; 262:27). Dicho de otro modo, los pronunciamientos deben conformarse en un todo a lo que se haya pedido en la demanda (conf. SCBA, Ac. y Sent., 1965, III, pág. 89 y 1971, II, pág.9). Es decir, que el decisorio debe recaer sobre lo reclamado por las partes en los escritos constitutivos, respetando sus límites cualitativos y cuantitativos (conf. ALSINA, "Tratado", 2ª. ed., T. IV, págs. 94/95; PALACIO, L.E., "Derecho Procesal Civil", T. V, pág. 431, "c"; MORELLO, SOSA, BERIZONCE, "Cód. Proc. Civ. Com.", T. II-A, pág. 597). Es que aflora la incongruencia cuando la sentencia -entre otros supuestos-, transita sobre algo distinto de lo peticionado por los legitimados activos y pasivos, otorgando o negando cosas no solicitadas (conf. PALACIO, ob. cit., pág. 434; Cám. 2ª., Sala I, La Plata, causa B-49.441, reg. sent. 8/81; B-49.881, reg. sent. 87/81).

A lo expuesto, corresponde agregar -como otro de los factores que conducen a la inadmisibilidad del agravio en tratamiento- que la norma del art. 280 del ritual nos dice expresamente que el Tribunal no podrá fallar sobre capítulos no propuestos a la decisión del juez de primera instancia. Y ello es así porque el tribunal de alzada no realiza un nuevo juicio. En realidad, y en contra de lo que generalmente se supone, se encuentra más limitado que el tribunal de primera instancia. La primera limitación es

concordante con la de primera instancia, por el principio de congruencia de demanda y contestación. Las cuestiones que no hubieran sido propuestas al tribunal de primera instancia tampoco podrán serlo al de segunda. Esta es una derivación del principio dispositivo que le prohíbe a los jueces pronunciarse sobre puntos que no hubieren sido objeto de la controversia, que encuentra expresa consagración en la citada norma procesal (conf. FALCON, E.M., ob. cit., T.I, pág. 725).

En virtud de lo expuesto y en coincidencia con lo propuesto sobre el particular por el Sr. Juez Dr. Vivas en su voto precedente, el agravio analizado debe ser rechazado en atención a lo dispuesto por la norma del art. 280 del ritual. Así lo voto.

4) <u>Conclusión</u>.

Teniendo en cuenta los fundamentos vertidos precedentemente, propongo al Acuerdo no admitir ninguno de los agravios vertidos por las partes, confirmándose el decisorio de primera instancia en todo lo que ha sido materia del recurso aquí tratado.

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

En lo que hace a las costas de la Alzada y atento la forma en que he propuesto resolver los recursos concedidos a las partes, coincido con el Sr. Juez Dr. Vivas en que deben ser impuestas en el orden causado (conf. art. 72 del CPCC).

En cuanto a la regulación de los honorarios profesionales de los letrados intervinientes en esta instancia, Dres. F. A., M. A. y E. J. U., considero que los mismos deben ser regulados en los porcentuales que ha propuesto en su voto el Sr. Juez Dr. Vivas, en virtud de ajustarse a las pautas que rigen en la materia y que determina la Ley Arancelaria.

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

A LA SEGUNDA CUESTIÓN: El Sr. Juez de Cámara Dr. Mario Luis VIVAS, dijo:

En caso de ser acompañado mi voto por mis colegas de Cámara, el pronunciamiento que correspondería dictar es el siguiente:

1. CONFIRMAR el pronunciamiento dictado a fs. 261/269.

2. IMPONER las costas de alzada en el orden causado (art. 72, del CPCC);

3. REGULAR los honorarios por la actuación profesional en la presente Instancia del Dr. F. A. y de la Dra. M. A., apoderados de la parte actora, en el 13,5% para cada uno de ellos, de lo que les correspondiere en la Instancia anterior, y al Dr. E. J. U., apoderado de la parte demandada, en el 25% de lo que le correspondiera en la Instancia anterior con más I.V.A., si correspondiere (arts. 5, incs a), b) y c), 7 y 13 y cc . de la ley arancelaria).

4. REGISTRESE, notifíquese y devuélvase.

Así lo voto.

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

El pronunciamiento que corresponde dictar es el propuesto por el Sr. Juez de Cámara Dr. Mario Luis Vivas, expresión de la decisión del Cuerpo que se ha formado al tratar la primera cuestión.

Con lo que se dio por terminado el acuerdo, dejándose constancia que la Dra. María Inés de VILLAFAÑE 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 mayo 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. CONFIRMAR el pronunciamiento dictado a fs. 261/269.

2. IMPONER las costas de alzada en el orden causado (art. 72, del CPCC);

3. REGULAR los honorarios por la actuación profesional en la presente Instancia del Dr. F. A. y de la Dra. M. A., apoderados de la parte actora, en el 13,5% para cada uno de ellos, de lo que les correspondiere en la Instancia anterior, y al Dr. E. J. U., apoderado de la parte demandada, en el 25% de lo que le correspondiera en la Instancia anterior con más I.V.A., si correspondiere (arts. 5, incs a), b) y c), 7 y 13 y cc . de la ley arancelaria).

4. REGISTRESE, notifíquese y devuélvase.

REGISTRADA BAJO EL N° /13. SDL. CONSTE.