

Contrato De Trabajo Vendedores Ambulantes Relacion De Dependencia

JURISPRUDENCIA

Contrato de trabajo. Vendedores ambulantes. Relación de

dependencia Se mantiene el fallo que acogió la demanda por despido, pues si bien se halla reconocido que el actor adquiría los boletos de bingo que luego revendía, no está demostrado que en los casos de frustrarse su intención de comercializar la totalidad soportara las pérdidas de tal coyuntura, es decir, la imposibilidad de devolver los documentos no mercantilizados; de esta manera el encartado no ha probado que el trabajador era extraño a los riesgos empresarios de su empleador. En la ciudad de Río Grande, Provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur, a los 04 días del mes de agosto de 2017, reunidos los señores jueces y la actuaria de la Sala Civil, Comercial y del Trabajo de la Cámara de Apelaciones provincial con asiento en esta ciudad, para entender en el recurso de apelación interpuesto en los autos N° 6789/12 provenientes del Juzgado de Primera Instancia del Trabajo Distrito Judicial Sur, en los autos caratulados: ?CÁRCAMO GUERRERO, María Dulia c/ IZARRA, Héctor s/ DESPIDO ?, en trámite por ante este Tribunal de Alzada bajo el n° 8270/17, se certifica que se llegó al Acuerdo resultante de la siguiente deliberación y debate (art. 47.2 del CPCC): 1.- El juez Ernesto Adrián LÖFFLER dijo: I.- Llegan a estudio las presentes actuaciones, pretendiendo la revisión de la sentencia de grado obrante a fojas 182/187vta., que hizo lugar a la demanda promovida por la actora contra el señor Izarra y en consecuencia condenó al demandado a abonar a la actora la suma que resulte de la liquidación a practicarse oportunamente. El a quo aplicó una tasa de interés al monto de condena desde que la suma es debida hasta su efectivo pago, promediando la tasa activa y pasiva que utiliza el Banco de la provincia de Tierra del Fuego según la jurisprudencia sentada por el STJ de la provincia en el precedente ?Escobar?. Se impuso las costas del proceso al demandado vencido y se reguló los honorarios del letrado de la parte actora en el 14% más el 40% de esa suma por su doble carácter; los del letrado de la demandada en el 11% -en forma conjunta-, todos ellos, del monto de condena. Para resolver cómo lo hizo el sentenciante entendió que la accionada no pudo acreditar la existencia de una relación de trabajo de forma independiente como así lo argumentara al momento de contestar demanda. Asimismo, el a quo expresó que de las constancias de autos surge claro que la accionante vendía bingos para la agencia n° 119 que pertenece al señor Izarra -conforme informe IPRA- en la puerta de Carrefour durante algunos días de la semana. Ello, conllevó al sentenciante a entender que existía presunción de contrato de trabajo conforme artículo 23 LCT. Sin embargo, rechazó las diferencias salariales reclamadas por la actora al no haberse denunciado el haber percibido y el que debía percibir como así tampoco el período específico reclamado. En cambio concedió SAC proporcional y vacaciones proporcionales como así también multa artículo 80. II.- Contra el resolutorio del colega de grado acude la parte demandada y expresa agravios según los argumentos que vierte a fojas 192/196vta., de estos actuados a cuyos expresos fundamentos me remito en honor a la brevedad (conforme artículo 16 LOPJ). En síntesis la accionada hilvana su queja en los siguientes términos: Reedita un pedido de acumulación de expedientes que tramitan por ante el mismo juzgado, que fue denegado por el señor juez de la instancia de grado. Allí, también hace referencia a la inexistencia de la relación laboral y, por ende, para el caso, agrega que no se dan los requisitos para entender que exista la presunción prevista en el artículo 23 LCT. Lo agravia que el a quo haya admitido los rubros solicitados por el actor, porque consideró que el despido fue incausado cuando en realidad el señor Gómez nunca tuvo contrato de trabajo ni relación de dependencia con el demandado. Es decir, no corresponde tener al actor como posicionado en la situación de despido indirecto, toda vez que el vínculo laboral nunca existió. Por otra parte, hace notar que a tenor de lo dispuesto en el artículo 243 de la LCT, no se ha expresado en forma suficientemente clara la causa del despido indirecto. Niega toda relación de dependencia. Expresa ha quedado demostrado en autos, que la accionada es comerciante habilitado para vender los productos que distribuye el Instituto Provincial de Regulación de Apuestas (IPRA), como por ejemplo el juego del bingo. En esa actividad, se limitó a vender al actor los talonarios del juego mencionado, que éste le requiriera y pagara en forma inconstante, como la compra de cualquier otro cliente. La prestación de servicios no se encuentra reconocida por el demandado, contrariamente a lo que afirma la sentencia en crisis. Manifiesta que ha existido en autos, una errónea y absurda valoración de la prueba, en especial en cuanto a la valoración de la prueba testimonial. Argumenta que no existe prueba de la presencia del actor en el establecimiento y/o local comercial del demandado. Tampoco se ha acreditado que el señor Izarra le diera directivas a la señora Cárcamo, con relación a la venta del producto. Niega que exista relación entre el contrato de comercialización de juegos y la presunta relación interpartes, porque el hecho de que el demandado se obligue a pagar los costos de su personal dependiente con el proveedor del juego del bingo, no resulta relacionado y/o conectado con la pretensión del actor. Manifiesta que existe violación al principio de congruencia. Además, sostiene que esta absurda valoración, transforma la sentencia en arbitraria, por lo tanto debe ser revocada. Por último, se queja de la imposición de las costas a su parte, porque considera que el demandado pudo creerse con razón jurídica al

plantear la inexistencia de la relación o contrato de trabajo, y esta ponderación pudo haber hecho que el juez distribuyera en proporción diferente los gastos causídicos. III.- Corrido oportunamente el traslado de ley, la parte actora contesta agravios a fojas 198/203, los cuales por razones de celeridad y economía procesal no serán transcriptos (conf. art. 16 LOPJ). En síntesis solicita se rechace el mismo con expresa imposición de costas. IV.- Adelanto, en orden a la cuestión traída a conocimiento de esta instancia revisora, que admitiré el remedio recursivo articulado por el recurrente con los alcances que infra refiero. Recordemos pues, que en la labor de resolver la cuestión controvertida, la competencia de esta Sala se vincula con decidir si los agravios esgrimidos por el apelante tienen entidad para derrumbar los argumentos que motivan el dictado del decisorio que luce por fojas 182/187vta. V.- Corresponde ahora avocarme al tratamiento de los agravios oportunamente introducidos por el quejoso. V.I.- Si bien esta vocalía en otros precedentes se inclinó por la tesis amplia sobre presunción de la existencia de contrato de trabajo en base a lo dispuesto en el artículo 23 de la LCT, también, en otros casos, me incliné en rechazar acciones donde existía prueba en contrario a la existencia de contrato de trabajo, ensalzando la supremacía de realidad que demostraban las pruebas anudadas a la causa. ¿Ahora bien, la presunción tratada como se dijo admite prueba en contrario, de modo que para desvirtuarla resulta menester, acreditar una vinculación distinta a la instituida por el régimen de contrato de trabajo. Conteste con ello valiosa jurisprudencia ha expresado: ¿Queda fuera de toda duda que el art. 23 LCT ha consagrado una presunción a favor de la existencia del contrato de trabajo y dicha presunción es iuris tantum, porque admite prueba en contrario. En la tesis amplia la presunción establecida en el art. 23 es lata, pero en todos los supuestos el trabajador debe probar que realizó el esfuerzo o lo que es igual "el hecho de la prestación de servicios para que recién opere la presunción"[...] Esta presunción es "iuris tantum". El demandado es quien debe probar que pese a los servicios prestados ellos acontecieron por una causa jurídica no laboral (véase Tribunal: C. Civ. Com. Trab. y Familia Villa Dolores 07/03/2003 autos ¿Pedemera Juan M. v. Eduardo Arregui y otros? Lexis n° 70007533). Con las salvedades propias del proceso laboral, resulta propicio recordar que cada parte carga con la obligación de probar los extremos en que funda su pretensión. Por tanto, como en autos ¿quien alega una circunstancia eximente de responsabilidad tiene impuesto por imperativo legal la obligación de demostrar los asertos en que fundamenta su tesis? (cfr. C. Nac. Trab., Sala 2ª, D.T. 1995-A-401 y CA Tierra del Fuego, Sala Civil, ¿Mendoza Héctor Carlos c/ Ortiz Reinaldo Gabriel s/despido?, expte. n° 4314, sentenciado el 1/03/2007, registro n° 12, T° I, F° 119/134 (según mi voto). Huelga decir que, el referido criterio, contó con el meduloso aporte intelectual del distinguido colega doctor Francisco Justo de la Torre, quien nos enriqueciera con su valiosa opinión en la materia. En aquella oportunidad sostuvo que: «Ello implica concluir en la naturaleza laboral del vínculo que uniera a las partes, desde que, acreditada la prestación de servicios, se torna operativa la presunción contenida en el art. 23 de la LCT, según la cual "El hecho de la prestación de servicios hace presumir la existencia de un contrato de trabajo, salvo que por las circunstancias las relaciones o causas que lo motiven se demostrase lo contrario...". Dicha cláusula del RCT -acreditada la prestación de servicios- no hace más que invertir la carga de la prueba, al presumir la existencia de contrato de trabajo, exigiendo al empleador demostrar que el vínculo que tuvo con el trabajador reconoce un origen distinto al laborativo, es decir, no se trata de una presunción contra el empleador, sino por el contrario es una presunción a favor del trabajador tendiente a desalentar posibles fraudes laborales (art. 14 LCT)? -el subrayado es de mi autoría-.(1) Como se ha dicho, la presunción prevista en el artículo 23 de la LCT admite prueba en contrario. De esta manera y, a poco de escudriñar las actuaciones advierto, aunado al agravio de la demandada respecto a la precaria descripción de los hechos en la misiva rupturista, que del escrito inaugural no surge en ningún momento cómo se desarrolló la relación laboral habida entre la partes, es decir, el accionante no especifica en qué días y horarios prestaba servicios para la demandada, en qué lugar lo hacía, qué instrucciones le impartía su empleadora y, por sobre todas las cosas, no determina con certeza qué remuneración le pagaba la accionada. Es más, al momento de efectuar la liquidación no reclama indemnización por antigüedad en el marco de una relación de dependencia, sino diferencias salariales en abstracto porque no pudo manifestar qué remuneración aproximada percibía. Tampoco refiere cuál fue su último mejor salario. El sueldo aproximado del actor podría surgir en lo que respecta al reclamo del artículo 80, pero ello no logra enderezar los defectos legales en que fue propuesta la demanda a los efectos de acreditar una relación laboral que, la demandada, alega no existir en virtud de una serie de circunstancias que así quedaron demostradas a lo largo del expediente. El actor sólo hace referencia a que trabajaba 48 horas semanales, pero, como luego se verá, ello quedó desvirtuado por los propios testimonios brindados en la causa. El hecho de que el accionante no haya especificado su remuneración mensual, me inclina a pensar que éste corría con los riesgos propios de quien trabaja por su propia cuenta, sin horarios ni tiempo específico de labor. En este sentido se debe recordar que el artículo 21 de la LCT, en su parte pertinente, dispone: ¿Habrà 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? -el subrayado es de mi autoría-. ¿El trabajo subordinado para resultar abarcado por el concepto específico que recoge la LCT -y otras normas particulares basadas en los mismos principios aunque dirigidas a sectores de actividades especiales- requiere la presencia del

elemento onerosidad, dejando de lado entonces prestaciones laborales que reconocen otras causas jurídicas?(2)-el subrayado es de mi autoría-. En este carril de marcha la jurisprudencia ha dicho: ?En el caso de los vendedores ambulantes que desarrollan las tareas en la calle, debe determinarse la existencia de contrato de trabajo entre éste y la empresa que le provee la mercadería y los elementos para comercializarla. En los casos que pretenden ser presentados como dudosos, corresponde ponderar algunos elementos que prevalecen sobre otros y, a tal efecto, uno de los definitorios es la asunción de riesgos? -el subrayado me pertenece-.(3) Tales riesgos traídos a colación por la jurisprudencia tienen relación, a lo que el caso respecta, con la onerosidad característica de toda relación laboral. Ello en virtud de que el actor corría el riesgo propio de su capacidad de venta para aumentar su ganancia, cuestión totalmente ajena al demandado. Por ejemplo, quedaba en decisión del accionante adicionar o no horas de trabajo a los fines de tener una mayor capacidad de venta y, así, elevar su ganancia. Si el actor decidía no ir a trabajar, la demandada no tenía poder disciplinario sobre el vendedor, sino que ello repercutía en la ganancias o pérdidas del primero. En este sentido el testigo Barreiro, quien en otro momento tuvo agencia de Quiniela, expuso a fojas 126: ?el dicente manifiesta que el vendedor ambulante debe estar autorizado por el IPRA y los telebingo los retiraba el agenciero y de allí se les daba a los vendedores ambulantes, lo sabe porque es agenciero y estuvo retirando los telebingos para los vendedores ambulantes en los años 2002 y 2003, hasta que dejó de realizar la actividad porque no le convenía, debido a que el porcentaje se lo lleva el vendedor y sólo le queda el 1% y a veces sus vendedores no le integraban el dinero [...] El IPRA les daba a los vendedores ambulantes unas camperas o chalecos amarillos que contenían el número de cada agencia a la cual pertenecían. El testigo afirma que desde el 15 de diciembre hasta marzo el IPRA no entregaba más telebingos, deduce que es por vacaciones...en el año 2011 hubieron como 5 meses que no hubo venta, desconoce los motivos?. En este sentido, el testigo Gortán quien expuso a fojas 127, manifestó: ?...el dicente manifiesta que el hijo de la actora ha ido una vez a su agencia a comprarle telebingos y el testigo no le ha vendido porque no le convencían al dicente que salga a vender algo que no le deja ganancia debido a que los márgenes que deja el IPRA son muy pequeños como para dar a revender algo, en ese momento el dicente administraba la agencia nº 13 [...] durante largos períodos de tiempo el IPRA corta la venta de Telebingos, ha cortado en verano desde después del primer domingo de enero y luego reanuda en marzo, abril o mayo, en otras épocas también ha cortado? Por otro lado, tal relación de subordinación entre el empleador y el empleado también se caracteriza por un prestación desarrollada en una posición jerárquica, en cuanto se entiende que, el empleador es quien establece los horarios de trabajo, la forma de hacerlo, las sanciones correspondientes y demás cuestión que no acontece en autos, dado que el testigo Gortán antes citado, en relación a otros trabajos que pudiera tener la actora, expuso: ?La ha visto vendiendo rosas, telebingo, y al hijo de la actora vendía rifas para una agencia de Río Gallegos o Comodoro, no lo recuerda, el dicente manifiesta que tanto la actora como su familia siempre trabajaron en forma grupal vendiendo cosas en la calle, la ha visto por Av. San Martín vendiendo rosas y en Carrefour vendiendo rosas y Telebingos?. Por otra parte el testigo Guapura obrante a fojas 126/127, expresó que la actora vendía telebingos los días ?Sábados y domingo por la tarde?. El testigo Benítez, cuyo testimonio rola a fojas 127, coincidió en este punto y agregó que, a veces veía a la actora los días de semana. Así se da cuenta que no existe relación de dependencia entre las partes, puesto que la accionante trabajaba cuando ella lo creía conveniente, vendía además otros productos, no tenía sanciones por tales motivos pues, en definitiva, el riesgo corría por su cuenta. Lo expuesto por los testigos se aúna a lo referenciado con anterioridad en cuanto a que el actor no especificó en qué horarios trabajaba para la demandada y la remuneración que recibía por ello. Es dable recordar que el actor en su escrito inaugural manifestó trabajar para la demandada durante 48 horas semanales, es decir, aproximadamente 8 horas diarias durante seis días a la semana, cuestión que se contradice con lo expuesto por los testigos en cuanto a los días en que veían a la actora, en especial los fines de semana y, por otro lado, en lo referente a que también vendía otro tipo de cosas en la puerta de Carrefour. En este sentido la prueba ofrecida en la causa demuestra que existía otro tipo de relación entre las partes ajenas a una dependencia laboral. Así también, el sujeto que recibe la prestación laboral tiene reconocidos en la ley poderes o facultades de organización, dirección y disciplina. Para que las facultades de organización o dirección surtan efectos deben tener como correlato ante su incumplimiento una sanción o disciplina, cuestión que tampoco se encuentra acreditada en autos y que los principios de la experiencia me llevan a concluir que tampoco podrían surtir efectos, puesto que la relación de onerosidad existente es la que habilita a ello, cuestión que no aconteció en autos. Ello en virtud de que el agenciero no le entrega la ropa de trabajo a los vendedores, pues esto lo hace el IPRA. Tampoco es quien se encuentra habilitado a autorizarlos a vender o no, ya que ello también lo realiza el IPRA -ver informe de fojas 110/113-. Los cartones de telebingo también los entrega el IPRA en los tiempos por él establecidos -ver testimonios referenciados-. A mayor abundamiento hay que atenerse a lo relatado por el testigo Gortán que hizo referencia a otros trabajos de la actora -venta de flores- y que también vendía telebingos. Así se ha dicho: ?la dependencia consiste en que el empleador tiene el derecho de dirigir el trabajo y de dar órdenes al trabajador, con el consiguiente deber de éste de cumplirlas (conf. Krotoschin, "Instituciones de Derecho del Trabajo", 2a. ed. -pág. 35 y "Tratado", 2a. ed., párr. 21); o como dice el artículo 27 de la ley de contrato de trabajo al referirse al socio-empleado, cuando la actividad personal se presta "con sujeción a las instrucciones o directivas que se le impartan o pudieran

impartírsele para el cumplimiento de tal actividad'.(4) ¿La falta de ejercicio del poder disciplinario por la demandada excluye la relación de dependencia?.(5) Entiendo que, en casos como el presente, la agencia de lotería funciona como un mediador entre el IPRA y los vendedores ambulantes de telebingo, brindando la agencia de lotería sólo un servicio más que regula aquella institución quien, además, se encuentran autorizados para llevar a cabo sus tareas precisamente por el organismo estatal según surge de la ley provincial 457. Otra circunstancia que le da mayor fuerza convictiva en lo que respecta a la supremacía de la realidad en que se desenvolvió la relación laboral entre la partes, es el hecho de que la actora, según sus propios dichos, trabajó durante diez años para la demandada, pero, sin embargo, nunca la intimó para que regularizara su situación laboral e incluso, la primer misiva que envía a su supuesto empleador, no es a los fines de que se regularice la situación laboral, sino para dar por concluido la misma sin respetar el artículo 10 de la LCT. Si en verdad, el actor pensaba que existía una relación de dependencia entre las partes debió, en primer término, intimar para que se regularice tal situación y no dar por concluida, sin más, la misma. A mayor abundamiento debió intimar mucho antes de los 10 años de ¿prestar servicios? para la demandada, puesto que con tal pasividad no hizo más que convalidar la ausencia de relación laboral y, para más, dio por concluida la misma sin previa intimación. En virtud de lo expuesto, propongo que se admita el recurso de apelación articulado por la accionada y, en consecuencia, se deberá rechazar la demanda incoada por el actor, imponiendo las costas en ambas instancias por su orden atento a que el actor pudo creerse con derecho a litigar (conf. art. 78.2 CPCC). Atento al nuevo resultado arribado en esta ponencia, la jueza de grado deberá realizar una nueva regulación de honorarios.

VI.- Como siempre sostengo en mis pronunciamientos, resueltas entonces las presentes actuaciones, quiero advertir que he abordado aquellas cuestiones que resultan necesarias para poder llegar a la decisión que en definitiva se propicia, es decir aquellos puntos de cuya determinación depende directamente el sentido y alcance del resolutorio. Es así que en sus decisiones el sentenciante se encuentra obligado a articular opinión sobre los tópicos acercados por los litigantes, que en aras de resolver el entuerto traído a su conocimiento, resulten idóneos para dirimirlo o dicho en palabras sencillas sean CUESTIONES ESENCIALES. Recuerdo en esta línea argumentativa cuanto dijera el más alto Tribunal local al sostener que ¿[...] es sabido que los jueces no se encuentran obligados a pronunciarse respecto de la totalidad de los agravios esgrimidos por las partes, sino sólo respecto de las cuestiones que resulten conducentes para la solución del caso (CS Fallos: 221:37; 222:186; 226:474; 228:279; 233:47; etc.)?.(6) En punto a ello se ha resuelto que ¿Hay omisión de cuestión esencial cuando la Cámara -o el tribunal colegiado de instancia única- incurre en una verdadera inadvertencia de la propuesta de la parte, pero no cuando la falta de tratamiento expreso de la temática aparece naturalmente desplazada por la atención brindada a otra que lógicamente supone no haber olvidado la problemática. Para arribar a esta solución se busca por un lado evitar el excesivo formalismo, y por otro, seguir la tesis de que las nulidades -y mas aun cuando se trata de sentencias- deben acogerse con criterio restrictivo, partiendo de la idea que -en principio- debe estarse por la conservación del acto procesal y no por su decaimiento (Fundamento del voto del doctor Hitters, por la mayoría)?.(7) VII.- Por lo precedentemente expuesto, ello en tanto mi voto encuentre favorable acogida entre los distinguidos colegas que integran esta prestigiosa instancia de revisión, propongo admitir el recurso de apelación esgrimido por la demandada y en consecuencia revocar la sentencia de grado, rechazando la demanda en todos sus términos. Atento al nuevo resultado obtenido con la presente, el colega de grado deberá realizar una nueva regulación de honorarios a los efectos de garantizar el derecho a recurrir si los profesionales intervinientes así lo creen necesario. Diferir la regulación de honorarios de los profesionales intervinientes por su actuación en esta Alzada para el momento en que el colega de grado realice una nueva regulación de los honorarios profesionales. Las costas en esta instancia deberán ser impuestas por su orden atento a que el actor pudo creerse con derecho a litigar (conf. art. 78.2 CPCC) De este modo expreso mi voto. 2º.- La juez Josefa Haydé Martín dijo: I.- Hemos de disentir con el criterio que orienta la ponencia de nuestro distinguido colega de sala, doctor LÖFFLER. II.- En una cuestión sustancialmente análoga en autos: "GÓMEZ GREGORIO c/ IZARRA, HÉCTOR S/ DESPIDO" Expte. N° 7760/16, SD N° 41/16 del 23/03/2016 - T° II F° 233/246, tuvimos oportunidad de expedirnos con el juez de la Torre, sobre las cuestiones que hoy se debaten en estos actuados. No obstante y atendiendo a las particularidades del caso bajo análisis trataremos los agravios del recurrente. III.- La solicitud de acumulación de expedientes que el recurrente reitera en esta instancia, ya ha sido resuelta a fs. 130, cuando el señor juez de grado resolvió: "De conformidad a las constancias de autos, teniendo presente el estado procesal de las presentes, no procede atender la solicitud de acumulación pretendida en la presentación a despacho toda vez que en el supuesto en análisis no se encuentran reunidos los presupuestos establecidos en el ritual provincial -art. 217.2 d) del C.P.C.L.R y M- que hacen a la admisibilidad de la petición". Estando el auto mencionado firme y consentido deviene estéril su tratamiento. IV.- Siguió el apelante, quejándose porque no existió expresión suficientemente clara de la causa del despido indirecto. Respecto del tema sostuvimos: "Razona el apelante que la misiva transcrita no reúne las condiciones establecidas en el artículo 243, porque no ha explicado en forma suficientemente clara la causa del despido indirecto. Ahonda en la cuestión, afirmando que: ¿La única comunicación epistolar que adjunta el acto, se evidencia que no comunicó su despido indirecto y consecuencia de ello es que, no es posible producir la expresión suficientemente

clara de los motivos en que se fundó su denuncia? (ver fs. 194vta. in fine) [en estos actuados fs. 192 infine]. Equivoca el recurrente su razonamiento, porque no estamos ante una situación de despido indirecto, sino ante un despido incausado. El tema debatido aquí no es la denuncia del contrato de trabajo por parte del dependiente porque existe una injuria grave que impide la prosecución del vínculo, sino la extinción del mismo por voluntad del empleador sin expresar causa. Se ha dicho que "en nuestro derecho positivo no existe norma alguna que establezca la necesidad de impugnar un despido dentro de los treinta días, que obligue al trabajador a rechazarlo o que acuerde valor a su silencio (art. 57, LCT); por ello todo despido debe, como regla general, ser considerado indemnizable, salvo que el empleador acredite la existencia de una justa causa que lo exima, total o parcialmente, del pago de la reparación pertinente?".(8) Ante la incontestación de la misiva remitida por la señora María Dulia Cárcamo Romero, fue el propio demandado quien selló su suerte adversa, puesto que el artículo 57 de la LCT es claro en relación a los efectos de tal comportamiento, y ante la presunción en su contra, es el señor Izarra quien debe acreditar la causa del despido, si pretende liberarse de las consecuencias indemnizatorias que establece la ley. Se ha dicho que el artículo 57 LCT "establece para el empleador una carga de explicarse o contestar en tiempo y forma frente a la intimación del trabajador, cuya omisión o incumplimiento originará una consecuencia desfavorable para el empleador: una presunción en su contra...".(9) En razón de la identidad del motivo de agravio, desestimaremos el mismo. IV.- Respecto al cuestionamiento sobre la existencia del contrato de trabajo, sostuvimos que: "...el objetivo específico de la legislación laboral consiste en otorgar amparo a quienes se encuentran en un estado de subordinación continuada hacia su empleador"(10), requiriéndose que tal continuidad cristalice en el vínculo sin poner acento en las prestaciones, toda vez que éstas pueden tener diferentes formas. El artículo 23 LCT, es claro cuando prevé que "el hecho de la prestación de servicios hace presumir la existencia de un contrato de trabajo, salvo que por las circunstancias, las relaciones o causas que lo motiven se demostrase lo contrario". Ya en aquél momento, nuestro colega preopinante, orientó su voto en una dirección distinta a la que propusimos. En autos, se reproduce una situación que también valoramos con anterioridad, y esto es la orfandad probatoria del demandado para desacreditar la presunción establecida en el artículo 23 de la LCT. Así dijimos: "Concluyendo con nuestro análisis, el apelante sólo ha negado la prestación de servicios y/o contrato de trabajo, sin producir prueba en contrario tendiente a desvirtuar las presunciones establecidas en la Ley de Contrato de Trabajo. Así, fue su propia inacción la que condujo al resultado recaído en autos...". V.- Para fundar su agravio vinculado a la absurda valoración de la prueba, sostuvo el recurrente que: no existieron pruebas acerca de la falta de rendición cuentas; sobre la presencia de la actora en establecimiento y/o local comercial del demandado no tampoco sobre las directivas impartidas sobre el demandado relativas a la venta del producto. En relación al tema, hemos de tener presente, que las consideraciones efectuadas por el señor magistrado de la instancia anterior, se vinculan directamente con el análisis que efectuó sobre las características de la relación de trabajo que unió a las partes, que lo llevó a concluir que existió contrato de trabajo. Por esta razón, entendemos que la disconformidad expuesta por el apelante, carece de fuerza para enervar la decisión del aquo. VI.- En consonancia con el agravio anterior, y con fundamento en el mismo, señaló que existe incongruencia y arbitrariedad en el pronunciamiento de grado. Se ha sostenido que "la incongruencia constituye una falta de adecuación lógica entre las pretensiones y defensas de las partes y la parte dispositiva de la sentencia; la incongruencia afecta únicamente la parte dispositiva de la resolución, solo allí quedan resueltas las pretensiones de los sujetos, y, por lo tanto, se puede incurrir en tal defecto. Va de suyo, por lo tanto, que la sentencia no puede ser atacada por incongruencia en el examen de sus considerandos por muy elaborado que se presente y por exhaustivo que sea el estudio de ellos. Si en el fallo se deja de decidir alguna pretensión o se deciden otras distintas, condena o absuelve a quien no fuera parte, o se aparta de los escritos constitutivos del proceso y de sus constancias objetivas, la sentencia será necesariamente incongruente?".(11) Entonces "incurre en transgresión al principio de congruencia y en absurdo el fallo que al establecer su conclusión esencial se aparta de los escritos constitutivos del proceso y de sus constancias objetivas?".(12) Si tenemos en cuenta que el objeto de la litis, se centró en la relación laboral de las partes, que generó acreencias: diferencias salariales, liquidación final, multa art. 80 LCT, como consecuencia del despido incausado, entendemos que la construcción jurídica efectuada por el juez de grado, luce acorde a las constancias de la causa y habiendo probado los hechos alegados en su presentación inicial, es decir, la existencia del contrato de trabajo, la caracterización del acuerdo y la relación que le dio base -que obra en la sentencia- no puede considerarse incongruente y mucho menos arbitraria. En esa intelección, el agravio no tendrá acogida favorable. VI.- En mérito a lo expuesto, y considerando la similitud de la plataforma fáctica reiteramos la solución arribada en el antecedente mencionado y proponemos rechazar el recurso de apelación interpuesto por la demandada y por ende, confirmar la sentencia de grado, en lo que ha sido materia de agravio. Las costas serán impuestas a la demandada vencida, por imperio del principio objetivo de la derrota (art. 78.1 CPCC). Los honorarios del doctor Eduardo Germán DAMONTE, será estimados en el 30% de los que se han establecido por su actuación en la instancia de grado. Los emolumentos profesionales del doctor Raúl Antonio ACIAR, serán ponderados en el 25%, guarismo a calcular sobre los honorarios establecidos por su actuación en la anterior instancia. 3º.- El juez Francisco Justo de la Torre, dijo: I.- Adhiero a la solución propuesta por

la Dra. Martín, sin perjuicio de lo cual, estimo relevante reiterar ciertos fundamentos que he delineado para resolver situaciones sustancialmente análogas con idéntico accionado a las que aquí se debaten. En efecto, observo que el demandado falló al no probar dos extremos determinantes para el curso del litigio. Por un lado, no demostró la calidad de empresario del actor (art. 23 segundo párrafo) en los términos del art. 5. Sumado a esto, no justificó la ajenidad de los riesgos. Interesa resaltar que, ¿La esencia del contrato de trabajo está en la ajenidad, esto es, en que los frutos del trabajo pertenezcan ab initio al empresario; si esta titularidad inicial y única se mantiene, el contrato de trabajo subsiste aunque la remuneración sea parciaria en todo o en parte, esto es, aunque del beneficio que el empresario obtenga de la enajenación ulterior de los frutos asigne parte al trabajador .../ Sin embargo, de la ajenidad en el trabajo deriva naturalmente la ajenidad en los riesgos, de forma que éstos, es decir, la posibilidad de beneficio o pérdida, se imputa al empresario. En la medida que el trabajador participe en los beneficios y de alguna manera o en alguna cuantía el salario esté influido por aquéllos, hay ciertamente, una aproximación del contrato de trabajo hacia formas societarias. Si el salario -que ya no es realmente tal- es indeterminado y depende en su existencia de que haya beneficios, no pagándose cuando hay pérdidas, desaparece la ajenidad de los riesgos, puesto que éstos los soportan conjuntamente trabajador y empresario?.(13) Situado en el ámbito de tal inteligencia, no cabe duda que el demandado ha fracasado en su intento de acreditar la ajenidad de los riesgos. Me explico. Si bien se halla reconocido que el actor adquiriría los boletos de bingo que luego revendía, no está demostrado que en los casos de frustrarse su intención de comercializar la totalidad soportara las pérdidas de tal coyuntura, es decir, la imposibilidad de devolver los documentos no mercantilizados. De esta manera el encartado no ha probado que el trabajador era extraño a los riesgos empresarios de su empleador. En virtud del Acuerdo que antecede el Tribunal, por mayoría SENTENCIA: I°.- RECHAZAR el recurso de apelación interpuesto por la demandada y por ende confirmar la sentencia de grado en lo que ha sido materia de agravio. II°.- IMPONER las costas en esta instancia a la demandada vencida (cfme. art. 78.1 CPCC). III°.- ESTABLECER los emolumentos profesionales del doctor Raúl Antonio ACIAR -por la parte demandada-, en el 25%, mientras que los del doctor Damonte -letrado de la parte actora- serán establecidos en el 30% guarismos a calcular sobre los honorarios establecidos por sus actuaciones en la anterior instancia. IV°.- MANDAR se copie, registre, notifique y, oportunamente, remitan las actuaciones al juzgado de origen. Fdo. Jueces de Cámara: Ernesto Adrián LÖFFLER, Josefa Haydé MARTIN y Francisco Justo de la TORRE. Ante mi: Marcela Cianferoni - secretaria de Cámara. Notas: (1) Mendoza Héctor Carlos c/ Ortiz Reinaldo Gabriel s/ despido?, expte. n° 4314, sentenciado el 1/03/2007, registro n° 12, T° I, F° 119/134. (2) Jorge Rodríguez Mancini (dir) Ana Alejandro Barilaro (coord), Ley de Contrato de Trabajo comentada, anotada y concordada, Editorial La LEY, 1° edic, Buenos Aires 2007, t. II, p. 14. (3) CNTRAB. - SALA X - 30/4/1997, autos ?BENITEZ, EDUARDO c/JUAREZ, CARLOS Y OTRO? (4) C.N. TRAB. - SALA VI - 31/3/1978 ?ACOSTA, L. c/ ROSENTHAL, R.? (5) C.Nac. Trab. Sala 7°, 34/5/1996, autos ?Jaime, Rafael E. v. Horchman, Miriam?, JA 1997-I. (6) S.T.J. Tierra del Fuego, ?Gatti, Gustavo Justo c/ Raffo Magnasco, Cecilia, Pace, María Teresa y Provincia de Tierra del Fuego s/ Daños y Perjuicios s/ Recurso de Queja?, 658/03, 05 de Noviembre de 2003 SR. (7) S.C. Buenos Aires, abril 15-997.- Yelpeo Edelberto R. y otros DJBA, 1534436. (8) CNTrabajo, Sala X, en autos "VERGARA, Carlos Raúl c/ TRANSPORTES SANTA FE S.A." del 14/02/2001. Pág. 166 - Leyes de Contrato de Trabajo e Indemnizatorias Anotadas con jurisprudencia - Marcelo L. PERCIAVALLE - - 2° edición actualizada - (9) JORGE RODRÍGUEZ MANCINI, "Ley de Contrato de Trabajo", comentada, anotada y concordada. La Ley, T° II, artículos 21 a 89. Págs. 627/628. (10) Deveali, citado en "El contrato de trabajo por equipo y el trabajo por equipo" de Isaías FELDMAN, Editorial Astrea, 1971, Pág. 40. (11) FENOCHIETTO, Carlos E. "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación - T° 1 - Comentado, Anotado y Concordado con los códigos provinciales" - Año 2001 - Editorial Astrea - pág. 139. (12) SCBA, 13/12/94, DJBA, 148-1036 citado en Areal-Finochietto, Manual, T° II, pág. 481. (13) M. Alonso Olea y M. Casas Baamonde, Derecho del Trabajo, p. 335. Ed. Civitas, decimoquinta edición. Madrid 1997 022473E