

Mandato Subcontratacion Solidaridad Laboral Accion De Repeticion

JURISPRUDENCIA

Mandato. Subcontratación. Solidaridad laboral. Acción de repetición

Se modifica parcialmente la sentencia que hizo lugar a la acción de repetición, al solo efecto de integrar el capital de condena con los intereses. San Carlos de Bariloche, Provincia de Río Negro, 13 de diciembre de 2017. Reunidos en Acuerdo los Señores Jueces de la CAMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL, COMERCIAL Y MINERÍA de la Tercera Circunscripción Judicial, Dres. Carlos M. CUELLAR, Edgardo J. CAMPERI y Emilio RIAT, después de haberse impuesto individualmente de esta causa caratulada "Y.P.F. S.A. C/ PIÑEYRO, NOEMI FLORENTINA Y OTROS S/ REPETICION (Ordinario)" (R.C. 02038-17) y discutir la temática del fallo por dictar, de todo lo cual certifica la Actuaría, emiten sus votos en el orden establecido en el sorteo practicado respecto de la siguiente cuestión por resolver: ¿qué pronunciamiento corresponde dictar? A la cuestión planteada el Dr. CUELLAR dijo: Corresponde resolver las apelaciones interpuestas por los sucesores de quien en vida fuera el V. Com. (R) OVIEDO (fs. 541), por el perito Cr. GONZALEZ (fs. 549/555) y por los Sres. PAVONE- LUZARDI (fs. 559) contra la sentencia que los condenó mancomunadamente a pagar \$ 507.744.- más intereses (fs. 536/540 vta.), concedidas libremente con efecto suspensivo y a tenor del art. 244 CPCC (fs. 542, 560 y 569 punto 1 subpunto "a"), fundadas sólo las dos primeras (fs. cits. y 592/622) y sustanciadas con YPF S.A. (fs. 626/628 vta.). El recurso de los Sres. PAVONE-LUZARDI. Al no haber resultado fundado (ver fs. 588/589), procede declararlo desierto sin más trámite. El recurso de los SUCESORES del Sr. OVIEDO. Ninguna de las críticas resulta atendibles. Por estrictas razones metodológicas habré de seguir el mismo orden de las cuestiones propuesto por los recurrentes. La simulación ilícita y la falta de acción. El Juez de grado, para decidir en la forma indicada, meritó, en síntesis, que no existió entre YPF S.A. y OVIEDO-PAVONE SH relación laboral encubierta ninguna sino un contrato de mandato comercial sin representación; como la sentencia recaída en autos "CARO, MARIO DANIEL Y OTROS C/ YPF S.A. Y OTROS S/ SUMARIO" (Expte. N° 17.051-04 de la Cámara 1a. del Trabajo) hizo cosa juzgada respecto de las relaciones jurídicas que vincularon a las partes, cualquier defensa referida a dicha circunstancia debió hacerse valer en dicho proceso; dicha sentencia laboral, más allá de aplicar la solidaridad preventiva (arts. 30 y 31 LCT), no hizo ningún reproche a YPF sobre una eventual intención de perjudicar a los trabajadores (actores de aquel proceso), cupiendo recordar que la declaración judicial es una condición necesaria para configurar el fraude o la simulación; para las relaciones contributivas entre codeudores solidarios hay que atenerse al contrato celebrado, y aquí la sociedad de hecho asumió las obligaciones tanto de contratar por su cuenta y riesgo al personal destinado a atender la aeroplanta como de indemnizarlo en caso de rescisión; si bien YPF y OVIEDO-PAVONE SH fueron solidariamente condenados en sede laboral, aquélla tiene derecho a reclamar la totalidad de lo abonado; y, en fin, no se probó ningún fraude ni ninguna simulación. Los sucesores se agravieron diciendo, en resumen, que una recta interpretación de la prueba lleva a concluir que hubo una simulación ilícita e YPF carece de acción, porque tercerizó ficticiamente la explotación de la aeroplanta con la finalidad exclusiva de perjudicar no sólo a los trabajadores sino a los propios Sres. OVIEDO y PAVONE; como todos los bienes eran de la actora y la sociedad de hecho facturaba por cuenta y orden de aquélla, el único aporte de los socios era su fuerza laboral; la relación era entonces laboral y no empresario-empresario; el contrato era una simple apariencia para burlar el régimen laboral de los encargados de aeroplantas de YPF; la sociedad de hecho no tenía nada propio porque estaba subordinada técnica, jurídica y económicamente a YPF; la remuneración estaba encubierta bajo una bonificación; hubo pues fraude y simulación, siendo la causa simulandi evadir las normas protectoras del derecho laboral; el Juez, valorando absurda y arbitrariamente la prueba, sucumbió ante la apariencia del contrato; como la simulación es ilícita YPF carece de acción para repetir lo pagado, ya que fue la verdadera empleadora de los trabajadores; no hay cosa juzgada laboral porque la cuestión aquí debatida no fue objeto del juicio tramitado en aquella sede, donde sólo se analizó la relación entre los trabajadores con YPF y la sociedad de hecho en vez de la suscitada entre estas dos; al haberse cometido fraude no puede haber acción regresiva; la subcontratación de actividades suyas constituyó un ardid de YPF, por lo cual fue condenada solidariamente; existe también abuso de derecho en el proceder de la actora; y, en fin, los intereses aplicados en la sentencia en crisis no son los fijados por el STJ. Liminarmente conviene prevenir que, pese a su enjundia, la expresión de agravios está borderline en términos de crítica concreta y razonada del núcleo argumental dirimente seguido por el Juez de grado. Recuérdense al respecto (cf. in extenso reciente caso "FRUCHTENICHT" de esta Cámara) que el memorial presentado por un recurso debe necesaria y fatalmente representar un ataque tendiente a la destrucción del fallo en la parte que el apelante entiende que lo perjudica. El hecho que la crítica sea razonada importa que debe contener fundamentos y una explicación lógica de los motivos por los cuales el Juez hubo errado en su decisión. El memorial constituye la demanda con que se inicia la instancia, de forma que sin ella no hay juicio de apelación (Costa, E., "El recurso de apelación", p. 152). En la vía de

apelación (impugnación por errores in iudicando) la fundamentación del memorial trata uno de dos temas o ambos: o demuestra que la fijación de los hechos fue errada (porque la elaboración de la consideración probatoria es falsa, incompleta, se omitieron considerar medios esenciales, etc.) o que la subsunción jurídica es incorrecta (porque no se aplican las normas previstas, su alcance es distinto, etc.). Cuando el memorial no contiene los elementos mínimos necesarios para su procedibilidad el recurso debe declararse desierto, ya que en tal caso la impugnación realizada carece de eficacia suficiente. La ley requiere un análisis razonado y crítico del fallo, es decir la demostración de los motivos que se tienen para considerarlo equivocado, de manera que en ausencia de objeciones especialmente dirigidas a las consideraciones determinantes de la decisión adversa no puede haber agravio que atender en la Alzada pues, por falta de suficiencia técnica, no existe su cabal expresión. La autonomía en el propósito revisor impide que la expresión de agravios se autoapoye en un indebido reenvío a consideraciones anteriores, porque se trata de satisfacer una carga técnica temporalmente única y concentrada. Como casi siempre es más difícil hacer un fallo que anotarlo el esfuerzo rectificatorio que se busca en la Alzada para obtener su modificatoria o revocación debe ser concreto, circunstanciado, razonado, crítico, objetivo, serio y adecuadamente motivado. Lo concreto se refiere a lo preciso, indicado, determinado, o sea que debe decirse cuál es el agravio. Y lo razonado indica los fundamentos, las bases, las sustentaciones, es decir que debe exponerse por qué se configura el agravio. La ley requiere primero que el apelante seleccione el argumento del discurso del Magistrado que constituya la idea dirimente por conformar la base lógica de la decisión, luego que señale cuál punto del desarrollo argumental ha incurrido en un error en sus referencias fácticas o interpretación jurídica que llevarán al ulterior desacierto concretado en la sentencia; si el memorial no se formula así resulta derrotado por su falta de instrumental lógico de crítica, antes que por la solidez de la sentencia todavía no examinada. Hay así una necesidad imperiosa por parte del recurrente de exhibir los fundamentos de las propias críticas como único medio de posibilitar el contralor jurisdiccional propio de la 2a. instancia; si falta ese juicio de ponderación razonado, si faltan esas argumentaciones, la Alzada carece del material indispensable para confrontar los argumentos del Juez a quo con los que -de contrario- aduce el apelante. El memorial debe autoabastecerse lo cual implica que el agravio debe demostrarse en el mismo escrito en que se expresa pues el recurso debe bastarse a sí mismo; sin que quepa remitirse a los argumentos sostenidos en 1a. instancia, ya que ello no cumplimenta la carga de rebatir pormenorizadamente los fundamentos básicos esenciales que sirven de apoyo a la sentencia. La remisión a presentaciones anteriores o su reproducción o las simples manifestaciones, por resultar ineficaces y haber sido ya juzgadas, no suplen la formulación de una impugnación categórica y específica del pensamiento del Juez; deficiencias todas ellas que no pueden ni deben suplirse de oficio por la Alzada porque la carga de agravarse como marca la ley es un imperativo del propio interés del recurrente. El memorial, entonces, debe alcanzar un mínimo de suficiencia técnica, desarrollando en forma completa y acertada argumentos que patenten la pertinencia de lo aseverado e ingresando en un análisis integral de los presupuestos fáctico-jurídicos que desarrolló el Juez, para evitar la deserción. Si el agravio constituye una reproducción casi literal de una presentación anterior, o la queja se insinúa con fundamento en lo expresado antes de la sentencia, no hay crítica concreta ni razonada; es que no cabe repetir argumentos manidos ni perseverar en una copia de escritos, sino tomar cuenta racionalmente de lo dicho por el Juez para rebatirlo con nuevas ideas. En fin: así como no corresponde auspiciar una postura rígida que se amuralle en escrúpulos teñidos de ceremoniosidad, del mismo modo tampoco procede una libérrima actitud oficiosa que -superando a la justicia rogada- termine provocando una lesión disfuncional al principio de bilateralidad. Como correlato forzoso de la aplicación de los principios expuestos precedentemente, la deficiencia del memorial trae aparejado el consentimiento tácito de la sentencia en crisis. Cuando el memorial carece de suficiencia técnica, como sucede si se limita a reproducir consideraciones o fundamentos formulados en escritos anteriores y hacer una impugnación del fallo en términos generales sin exponer las causas por las que se lo considera equivocado, el mismo no alcanza a reunir el nivel mínimo y conduce a la deserción. En suma: no obstante el criterio restrictivo que rige en torno a esta sanción si el escrito no cumple de modo manifiesto la carga procesal referida a la necesidad de articulaciones razonadas, fundadas, y objetivas sobre errores de la sentencia, puntualizados mediante un análisis crítico de tal forma que la misma ha de perder su jerarquía de verdad conclusiva, fatalmente debe llegarse a declarar su deserción (cf. in extenso Falcón, E., "Código...", T° II, págs. 422 y sgts.; Morello, A. y Otros, "Códigos...", T° III, págs. 332/375; Palacio, L., "Derecho procesal civil", T° V, págs. 599 y sgts.; Carrió, G., "Cómo argumentar y estudiar un caso frente a un Tribunal", Rev. Jus, La Plata, N° 25, p. 43; Alsina, H., "Derecho Procesal", Vol. IV, p. 389/390; Ibañez Frocham, M., "Tratado de los recursos en el procesio civil", p. 43; etc.).

Luego: con tan sólo contrastar el holding de la sentencia en crisis, en especial su razonamiento medular sobre que no se probó la existencia de simulación o fraude entre YPF y OVIEDO-PAVONE SH, puede verse sin mayores rodeos, aún pese al criterio amplio vigente en materia de apreciación, cómo difícilmente puede haber crítica concreta y razonada como requiere la ley ritual por lo que el recurso, técnicamente, debiera declararse desierto sin mayores trámites (art. 265 y 266 Código Procesal) pues, antes que un cuestionamiento intrínseca y significativamente cali y cualificado de las sucesivas premisas consideradas por el Juez, los recurrentes limitaron el alcance de casi todo su memorial a un mero reenvío a sus previas argumentaciones precisamente ya juzgadas en la

sentencia pero, reitero, sin dotarlo de la imprescindible autosuficiencia jurídico- procesal. Así entonces sólo el referido criterio amplio vigente en materia de apreciación, de la mano de la intrínseca y significativa trascendencia del objeto del juicio, justifica adentrarnos en el estudio recursivo en orden a lo cual observo las circunstancias dirimientes que a continuación apunto. Adelanto desde ya, en lo esencial, cómo más allá de algunos pocos indicios por lo demás algo equívocos, que no llegan a conformar un cuadro presuncional ni serio ni grave ni cierto, no encuentro en efecto configurado un supuesto simulatorio y/o fraudulento como recurrentemente alegaran los apelantes. Doy plurales y dirimientes razones al respecto. Indaguemos brevemente, antes de continuar, lo atinente a la simulación relativa, a la simulación y acto jurídico indirecto, al acto simulado y al fiduciario y a la simulación y la interposición de personas. Según que exista o no un acto jurídico disimulado tras el acto aparente la simulación se califica de relativa o de absoluta (art. 956 Código Civil de Vélez vigente al momento de suscitarse los hechos determinantes del caso). Se produce lo que la doctrina denomina la divergencia entre la intención práctica y la causa típica del negocio. El negocio simulado no se concluye entre las partes para realizar una causa típica sino que, en virtud del acuerdo simulatorio, existe otro negocio, lícito o ilícito, que se denomina disimulado u oculto, y es el que concreta, en realidad, la intención práctica de aquéllas (cf. Betti, O., "Teoría general del negocio jurídico", p. 294, cit. por Belluscio, A. y Zannoni, E., "Código Civil", T° 4, p. 402). En tal supuesto concurren dos actos: uno irreal o ficticio, que es el acto ostensible o simulado, y otro que es el serio o disimulado; pero entonces la inexistencia jurídica del acto simulado no se opone a la eficacia del acto disimulado, con tal que no haya en él violación de la ley ni perjuicio a terceros (art. 958) (Llambías, J., "Tratado de derecho civil - Parte general", T° II, p. 521). En la simulación relativa hay un negocio aparente que esconde otra realidad negocial pero distinta (Cifuentes, S., "Código Civil", T° II, p. 160; etc.).

La doctrina suele distinguir el acto o negocio simulado del indirecto haciendo notar que en el segundo el negocio es querido por las partes, aunque ellas lo realizan para alcanzar un resultado ulterior que excede -que es ajeno- a su función económica típica. En el acto jurídico indirecto los otorgantes logran satisfacer un interés que no es el propio de su función típica y en el acto simulado, en cambio, las partes no quieren en realidad sus efectos. El negocio indirecto no pretende provocar una creencia engañosa, sino ser el medio de un fin ulterior pues, se acude a un negocio real que por su medio permite satisfacer un resultado ulterior, la causa típica no agota el vínculo obligacional -negocio- que lleva a las partes a obligarse para un fin que la excede. Por eso quizás fuera más propio contraponer los negocios indirectos simulados a los indirectos reales. El negocio es indirecto pues diverge la posición que adopta la voluntad -determinación causal respecto a la causa o función del negocio- razón por la cual la diferencia entre simulación relativa y negocio indirecto radica en que en aquella el valor vinculante del negocio se atribuye al significado subjetivo convenido por las partes en el concomitante acuerdo simulatorio, mientras que en los negocios indirectos y fiduciarios aquél se adhiere perfectamente al significado objetivo de la declaración (Betti, O, ob. cit., p. 301; Belluscio, A. y Zannoni, E., "Código Civil", T° 4, págs. 387 y sgts.). El acto jurídico fiduciario (del latín *fiducia*: fe o confianza) es el celebrado para constituir o transmitir un derecho a quien, de acuerdo con la intención real de las partes, tiene que transmitirlo a su vez más tarde mediante otro acto o negocio a un tercero. Las partes del acto son el fiduciante y el fiduciario. Este acto implica, pues, un negocio real por medio del cual el fiduciante constituye o transmite un derecho al fiduciario, si bien esa constitución o transmisión está vinculada o afectada por la obligación del fiduciario de hacer un uso determinado del derecho mismo. El fiduciario tiene la obligación personal de usar el derecho adquirido sólo para aquél fin restringido que las partes quieren y, por tanto, para restituirlo eventualmente al constituyente o transmitente (fiduciante) o a terceras personas. La distinción pues entre negocio simulado y fiduciario es clara: en este segundo las partes quieren el negocio fiduciario en su totalidad y su voluntad está dirigida justamente a la transferencia del derecho, la cual es indispensable para el fin práctico perseguido por ellas. No hay falsas apariencias bajo las cuales se descubra un acto serio -otro acto- ni ocurre que el valor vinculante del negocio sea atribuido al significado subjetivo del negocio convenido por las partes en un concomitante acuerdo simulatorio, sino que la transferencia del derecho está querida por un determinado fin económico y el valor vinculante del negocio adhiere perfectamente al significado objetivo de la declaración. El negocio fiduciario es empero un negocio indirecto aunque real: la constitución o transmisión del derecho al fiduciario; lo que ocurre es que bajo este negocio real subyace uno de obligación u obligatorio que vincula internamente a fiduciante y fiduciario (Bueres, A. y Highton, E., "Código Civil", T° 2-B, págs. 639 y sgts.). Precisamente uno de los casos en que la doctrina y la jurisprudencia han tenido que esforzarse por distinguir la simulación del negocio fiduciario como tal es el supuesto conocido como interposición fiduciaria de personas. La ley incluye como un supuesto simulatorio la interposición de personas (art. 955 Cód. cit.) que puede darse en tres casos, que tienen en común la actuación de una persona para ocultar a quien hace una enajenación o a quien será el verdadero o definitivo titular del derecho transmitido a través del negocio: a) la convención de testafiero: definida como la simulación realizada por intervención de un tercero que aparentemente toma el lugar de una parte en el contrato, es decir un contratante fingido y/o imaginario en lugar y detrás del cual está el verdadero contratante que permanece escondido, lo que implica siempre una interposición ficticia de personas en la que el sujeto interpuesto, o sea el testafiero, es un contratante aparente que mediante acuerdo simulatorio se sustituye al verdadero

contratante oculto; b) la interposición real: cuando el tercero interpuesto adquiere efectivamente el bien o el derecho que se le transmite, aunque en realidad lo hace como mandatario oculto del verdadero interesado en la adquisición ignorándolo el enajenante; el tercero interpuesto actúa como mandatario oculto del interesado real en la compra pero la transmisión dominial que le hace el enajenante es real, pues éste entiende realizar un acto serio no simulado a diferencia de lo que ocurre en la convención del testamento, independientemente de las relaciones internas entre adquirente y su mandante oculto; c) la interposición fiduciaria: la persona interpuesta adquiere los derechos u obligaciones que se le transmiten en un negocio dispositivo, pero se obliga con el transmitente a traspasar a un tercero los derechos adquiridos; a diferencia del testamento el fiduciario adquiere efectivamente aunque, en virtud del pacto de fiducia con el fiduciante, surgen limitaciones a los poderes del fiduciario que conciernen al ejercicio del derecho que debe hacer éste o a su ulterior retransmisión al fiduciante o a su transmisión a un tercero (Belluscio, A. y Zannoni, E., ob. y loc. cit.; etc.).

Tocante a la simulación e interposición real cabe prevenir que al considerar la doctrina y jurisprudencia mayoritaria que para que exista simulación se requiere un acuerdo simulatorio entre los otorgantes del acto, priva la tesis que descarta en los casos de interposición real de personas la existencia de un negocio simulado (Llambías, J., "Tratado de derecho civil - Parte General", T° II, N° 1798; Salvat, R., "Derecho civil argentino", T° II, N° 2508; Acuña Anzorena, A., "Concepto de simulación y comparación con otras figuras jurídicas afines", JA 46-13; Mosset Iturraspe, J., "Negocios simulados", T° I, p. 148; etc.). En la interposición real de personas no hay simulación pues el transmitente ignora que ha tratado con el representante de un tercero. No hay acto simulado pues el acto es real y surte todos sus efectos entre las partes, sin perjuicio de las relaciones existentes entre adquirente y mandante oculto que son para el enajenante "res inter alios acta"; conclusión que se basa en la seriedad y efectividad del consentimiento intercambiado entre las partes. El "tradens" quiso enajenar el bien a favor del "accipiens" y no del mandante oculto, de ahí que la hipótesis no entre en la parte final de la norma (art. 955) puesto que aquél no ha constituido o transmitido derechos a personas distintas del adquirente (cf. voto del Dr. Llambías en fallo de la CNCiv., Sala A, 10-11-60, ED 3-411). Y en lo relativo a la simulación e interposición fiduciaria. La interposición fiduciaria no implica simulación pues se trata de un negocio real, celebrado entre fiduciante y fiduciario, aún cuando en virtud del pacto de fiducia el fiduciario esté obligado a dar al derecho constituido o transferido a su favor un destino específico (v.gr. retransmitirlo al fiduciante o transferirlo a un tercero); por eso cuando el fiduciario ejercita los derechos recibidos del fiduciante, aunque sea abusando de los fines para los cuales le fueron atribuidos, no intenta hacer valer lo disimulado u oculto sino que invoca los derechos que emergen netamente de la voluntad objetivada en el negocio declarado. En ausencia de contradocumento muchas veces es difícil establecer la diferencia entre simulación relativa e interposición fiduciaria. Sin embargo, como bien se ha señalado, el negocio fiduciario a diferencia del relativamente simulado sería irrevocable para el fiduciante. En la práctica negocial la dificultad más aguda se presenta en cuanto a la prueba del negocio fiduciario sobre todo en ausencia de contradocumento, de ahí que se haya sostenido que en caso de duda sobre si se trata de un negocio simulado o fiduciario cabe presumir la transmisión fiduciaria (Bueres, A. y Highton, E., ob. cit.). Con tal orden ideario básico in mens retenta meritemos los hechos dirimientes acreditados y otros relevantes no probados. Según la sentencia dictada en sede laboral en los autos indicados los actores desarrollaron tareas para la sociedad de hecho, no para YPF, mantuvieron con aquélla una relación dependencial laboral, hubo entre YPF y OVIEDO-PAVONE SH una vinculación personal (art. 35 contrato), y no puede sostenerse que la irrupción de YPF (en la explotación de la aeroplanta debido a la rescisión sucedida por la muerte de ambos socios de la sociedad de hecho) haya conformado transferencia de contratos de trabajo de la sociedad de hecho porque ésta fue siempre responsable objetiva de los mismos (cf. fs. 793/801 causa laboral cit.). La misma existencia del contrato no sólo que nunca resultó controvertida, sino que inclusive rigió toda la ejecución de la relación comercial entre YPF y OVIEDO-PAVONE SH durante varios años, hasta que resultara rescindido con motivo y en ocasión de la tragedia desatada entre ambos socios (cf. fs. 263 y vta. causa "OVIEDO, JORGE LUIS Y PAVONE, JUAN IGNACIO S/ AVERIGUACION CAUSAL DE MUERTE" - Expte. N° 5114/04 del Juzgado Federal local-). Luego: no sólo no se probó que los Sres. OVIEDO y PAVONE fueran empleados de YPF o que entre ambas partes existiera una relación laboral prototípica sino que, al contrario, según las conclusiones de la pericia contable la operatoria se desarrolló de hecho tal como fuera convenida de derecho en el contrato (cf. fs. 407/416 en lo pertinente); tampoco se probó que estemos ante un negocio inexistente o distinto del realmente celebrado entre YPF y OVIEDO-PAVONE S.H. pues, aún con independencia del nomen iuris dado por las partes a la convención, lo dirimente al efecto es cómo el mandato sin representación realmente hubo existido como tal (arg. arts. 221, 232, 233 sgts. y cdtos. Código de Comercio); y, en fin, menos aún se acreditó la ostensibilidad del acto ni de un acuerdo simulatorio oculto susceptible, como tal, de contener una intención auténtica de las partes distinta de la explotación referida. Con todo lo cual quiero significar que no percibo una apariencia negocial que coexista con una oculta intención real de las partes diferente al mandato en cuestión en tanto y cuanto no se acreditó, con la suficiencia mínima requerida incluso en este tipo de juicios, una discordancia entre la voluntad interna de las partes y su manifestación externa. No visualizo que YPF-OVIEDO-PAVONE SH hayan dado al contrato ninguna apariencia susceptible de ocultar su verdadero carácter

sino que, al contrario, el mandato se acordó, ejecutó y rescindió, tal como fuera consensuado por las partes. Una cosa es subcontratar o tercerizar y otra muy distinta simular o defraudar y en este caso hubo lo primero pero no se acreditó nada de lo segundo. Incluso considerando a los recurrentes, en la materia simulatoria propuesta, como terceros con relación a los contratantes originarios, es decir la actora y su causante, no sólo no veo que concurra la consabida prueba presuncional o indiciaria suficiente antes referida sino que, al contrario, quedaron acreditados hechos contrarios: la ejecución material del contrato celebrado; la falta de amistad íntima o parentesco próximo entre las partes del acto; las bonificaciones, que fungieron como pago del precio, no fueron liquidadas "ex tunc" sino "ex nunc" de acordado el contrato; y, en fin, las circunstancias del acto fueron las propias de cualquier tercerización explotadora. Me permito recordar que el contrato de comisión es una especie dentro del género del contrato de mandato que se caracteriza por la circunstancia de tener por objeto negocios individualmente determinados y por la de obrar el mandatario a nombre propio (cf. in extenso Rouillón, A., "Código de Comercio", T° I, págs. 461 y sgts.; Malagarra, C., "Derecho comercial", T° 1, p. 196; etc.). Se trata de un acuerdo consensual, oneroso y no formal, por el cual una parte, llamada comitente, encarga el desempeño de uno o más negocios de comercio individualmente determinados a otra parte, llamada comisionista o consignatario, que se obliga a concluirlos por cuenta del primero pero en su propio nombre o en el de la razón social que representa (Etcheverry, R., "Contratos", T° 1, p. 285). Así el comisionista actúa a nombre propio y por ende el negocio concluido origina una relación jurídica entre el tercero y el comisionista, de forma que éste queda directa y personalmente obligado, pero sin que quede vinculado el comitente quien queda al margen de la vinculación jurídica originada en la ejecución del contrato y tampoco tiene acción contra el tercero contratante; la relación directa establecida entre comisionista y tercero es una consecuencia natural del hecho de que el primero no cumple ninguna función representativa en ejercicio de la comisión desempeñada, pues no actúa en nombre del comitente sino en el suyo propio y asume íntegramente la titularidad de los derechos y obligaciones provenientes de los contratos celebrados (Obarrio, M., "Curso de derecho comercial", T° I, p. 236; etc. CNCom., Sala A, 2-3-90, "COMERCIAL DEL PLATA CONSTRUCCIONES S.A.", LL 1990-D-488, Sala C, 12-10-96, "INDUSTRIAS PETROQUIMICAS ARGENTINAS S.A.", LL 1997-D-864, Sala D, 22-10-92, "BANCO DE GALICIA Y BUENOS AIRES S.A.", LL 1993-E-128; CNFed. Contencioso-administrativo, Sala IV, 21-9-94, "PEROTTI", LL 1995-B-427; Cám. Civ. y Com. Bahía Blanca, Sala II, 16-10-80, "TROCCOLI", LL 1981-C-387, con nota de Mosset Iturraspe; etc.). En punto a las diferencias entre el mandato y la comisión o mandato sin representación, salvo alguna aislada (Rivarola, Zavala Rodríguez), la inmensa mayoría de la doctrina nacional sostiene que la comisión es una especie del mandato comercial del que se distingue únicamente porque el comisionista obra en nombre propio, lo que significa que en las relaciones internas ambos contratos son idénticos y sólo se diferencian en sus relaciones externas respecto de terceros; mientras que en el mandato comercial hay representación, pues la operación se realiza en nombre del mandante y la vinculación jurídica se establece entre éste y el tercero contratante, en la comisión no hay representación dado que se realiza entre el comisionista y el tercero, por lo cual no hay vinculación entre éste y el mandante o comitente (Fernandez, R. y Gomez Leo, O., "Tratado teórico-práctico de derecho comercial", T° III, p. 257, etc.). Por su parte la jurisprudencia ha dicho que el mandato comercial se divide en mandato propiamente dicho y comisión o consignación, siendo la diferencia entre ambos externa ya que existe sólo con respecto al tercero con quien se celebra el negocio en tanto la situación jurídica entre comitente y comisionista es exactamente la misma que entre mandante y mandatario; en la comisión el mandatario obra en su propio nombre porque se trata de un mandato sin representación (Cám. Civ. y Com. Villa María, 1-10-84, "LOPEZ MONSALVE Y OTRA", LL 985-568; CNCom., Sala B, 4-10-77, "GARCIA", LL 1977-D-303, Sala D, 1-4-91, "GHIRAY PROPIEDADES S.A.", LL 1992-D-393, "MASSERO", 14-9-96, LL 1997-E-620; Cám. 1a. Civ. y Com. Bahía Blanca, Sala II, 20-9-90, "BERCECHE S.A.", LL 1991-A-320; Cám. Civ. y Com. Santa Fe, Sala I, 17-5-99, "SOCIN", LL 2000-C-925; etc.). Es cierto que la sub-contratación entre las partes llevó a una condena laboral solidaria pero esta sólo circunstancia en modo alguno implica o lleva implícita la existencia por parte de YPF de un ardid o delito civil, que vendría a ser la intención de sustraerse a la legislación laboral vigente, pues por definición toda tercerización presupone involucrar actividades propias prestadas por otro como precisamente aquí sucedió. Y lo mismo acontece con la interposición de personas: de ella no se siguen ni la simulación ni el fraude, ni per se pueden presumirse. Podría, a lo más, tratarse de condiciones necesarias pero per se insuficientes para que pueda configurarse el dolo ínsito en tales vicios de los actos jurídicos que, además, nunca se presume y ha menester ser puntualmente demostrado o, a lo sumo, presumido de manera seria, cierta, fundada, grave y concordante a partir de circunstancias de reconocido carácter indiciario o conjetural. Por lo mismo que vengo considerando me resulta evidente la condición de cosa juzgada que hubo adquirido lo atinente a la relación jurídica que vinculara a la actora con los causantes de los demandados, según el antes citado núcleo fáctico meritado en sede laboral, de lo que se sigue -como bien consignó el Juez de grado- la manifiesta extemporaneidad de toda la línea argumental seguida en esta sede civil por éstos cupiendo prevenir, muy especialmente, cómo no existió por parte de la Cámara 1a. del Trabajo ni calificación ni juzgamiento de la conducta de YPF como una manifestación simulada o fraudulenta pues, en efecto, ninguna referencia hizo dicho

Tribunal sobre concilium fraudis entre ésta y OVIEDO-PAVONE SH en perjuicio de los actores del juicio aludido quienes, además, fueron contratados por ésta y no por aquélla conforme justamente lo acordaran en el contrato. In itinere hago notar lo que a mi criterio configura una clara infracción de los recurrentes contra sus propios actos anteriores relevantes, muy bien advertida por YPF en su alegato (fs. 531): me refiero al evidente contraste entre lo sostenido por los SUCESORES apelantes cuando alegaran en el juicio laboral, en el sentido que intimaron a YPF al pago de las bonificaciones -comisiones- de Febrero 2004 que hubo cesión o transmisión del establecimiento que aquélla desde el 3-3-04 comenzó a explotar en nombre propio la aeroplanta (fs. 785/787 causa laboral cit.), y los términos que signaran el núcleo de su defensa en este ámbito civil, en el sentido que la sociedad OVIEDO-PAVONE fue producto de una imposición de YPF para simular y/o encubrir una relación laboral, lo cual demuestra la incompatibilidad de ambos argumentos en términos de intentar eludir su obligación de reembolsar a la actora lo que ésta hubo erogado en sede laboral. No concurre pues ningún supuesto fáctico-jurídico de simulación relativa ni de acto jurídico indirecto ni de acto simulado ni fiduciario ni tampoco de interposición personal. En fin: coincido y hago más en esta instancia las consideraciones hechas por la jurisprudencia análoga que citara YPF en su alegato (fs. 530 vta.), en el sentido que aún con independencia de que ésta haya sido condenada solidariamente con los aquí demandados (art. 30 LCT), debido a su obligación de responder frente a los empleados respecto de quienes lo acordado "interpartes" es inoponible, la cláusula contractual del convenio (en la que YPF apontoca su derecho repetitivo), en cualquier caso, sí es aplicable entre ambas empresas y tiene la función de eximir a la actora de responsabilidad frente a los demandados por lo que éstos deberán reintegrar todo lo abonado por aquélla (fs. 530 vta.).

La inexistencia de acción por delito civil Sin perjuicio de prevenir que a este respecto los SUCESORES apelantes reeditan, con matices, más de los mismos argumentos por los cuales pretextaran la simulación ilícita y la falta de acción, en cualquier caso, conviene recordar, de un lado, cómo el requisito fundamental para la procedencia de la solidaridad civil está dado por la existencia de un delito, es decir la configuración de un hecho ilícito ejecutado a sabiendas y con intención dañadora (art. 1081 Código Civil), y también, de otro, que el fundamento para el rechazo de la acción recursoria entre obligados solidarios radica principalmente en el principio conforme al cual nadie puede alegar su propia torpeza, aunque accesoriamente se razona que resulta muy difícil determinar los porcentajes en la participación dolosa (art. 1082) (cf. in extenso "Belluscio, A. y Zannoni, E., ob. y loc. cit."). Entonces: si en este caso tan sólo existió solidaridad laboral que no equivale a solidaridad civil, como insistentemente pretendieran los recurrentes, ya que no se probó delito, o sea ni simulación relativa ilícita ni fraude ni nada por el estilo, mal puede apontocarse la inexistencia de acción repetitiva por parte de YPF. En suma: fallan de manera evidente tanto el aspecto subjetivo como el objetivo de la cuestión.

El reclamo y el abuso del derecho. Quiero detenerme brevemente en algunas consideraciones sobre la teoría del abuso de derecho que creo de particular utilidad para este caso. Sin ánimo de reeditar aquí y ahora la extensa polémica desatada en torno de los criterios propuestos para caracterizarlo, pero recordando muy especialmente que la justificación del nacimiento de dicha teoría -explicitados por Jossierand como primer autor que la sistematizara- pasa por una doble reacción tanto contra el liberalismo individualista, a fin de procurar imponer una concepción más social del derecho, como contra la rigidez de las disposiciones legales y la aplicación mecanicista del derecho, en orden a constituirse en un instrumento flexibilizador del derecho precisamente para su adaptabilidad a la realidad socio-económica, creo oportuno hacer especial referencia a los dos criterios que parecieran prevalecer en la ley y en su interpretación doctrinario-jurisprudencial. Así el criterio funcionalista o del fin económico-social del derecho según el cual el derecho subjetivo debe ejercitarse sin contradecir su destino económico y social, so pena de caer en el ejercicio abusivo de la prerrogativa jurídica, y adaptarse a los fines actuales de forma que la jurisprudencia capte las necesidades existentes en el momento de la aplicación de la ley (cf. Molina, "Abuso de derecho, lesión e imprevisión", p. 90; Orgaz, "Abuso de derecho", en LL 143-1219; Carranza, ""Abuso de derecho - arts. 1071, 2513 y 2514 del Código Civil según la ley 17.711", en JA 3-1969-678; Laquis, "El abuso de derecho y las nuevas disposiciones del Código Civil", en Rev. Colegio Abogados La Plata, vol. 21, p. 359; López Olaciregui, J., "Efectos de la ley con relación al tiempo - Abuso de derecho y lesión subjetiva", en Rev. Colegio Abogados La Plata, vol. 21, p. 81; CNCiv., Sala A, , 6-12-60, LL 101-635; idem 25-2-75, ED 65-209; idem Sala D, 17-2-67, ED 20-61; idem Sala F, 20-3-73, ED 51-576; C.Apel. Junín, 26-9-68, ED 26-276). Y también el criterio del ejercicio del derecho en contra de su espíritu conforme al cual el acto abusivo es el contrario al objeto de la institución, a su espíritu y a su finalidad (CNCiv., Sala F, 20-3-73, ED 51-576). O inclusive el criterio del ejercicio incompatible con la regla moral que considera los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres como pauta directiva de configuración del abuso de derecho (cf. Belluscio, A. y Zannoni, E., "Código Civil", T° 5, p. 60, nota N° 34 con infinidad de citas doctrinarias y jurisprudenciales). Pero, en cualquier caso, parecieran prevalecer los llamados criterios mixtos para los cuales basta con que la ley declare que prohíbe el ejercicio abusivo de los derechos para que quede librado al arbitrio de los jueces decidir en cada caso donde termina el derecho y dónde empieza el abuso (Fleitas, "El abuso de derecho", N° 9, p. 5, con citas de Capitant, Prates, Ossorio y Díaz de Guijarro). En realidad la jurisprudencia nacional registra muy pocos casos en los que se haya valido de uno sólo de los criterios o pautas expuestos ya que, por el contrario, siempre hace

mención a varios de ellos valorando una serie de circunstancias que, recíprocamente completadas unas con otras, llevan al ánimo del juzgador la necesidad de aplicar la teoría de que se trata. Y es lo que ocurre con la ley 17.711 que recepitó el criterio finalista o funcionalista aunque reforzado con la directiva de la buena fe, la moral y las buenas costumbres. Acaso en última instancia, como bien dice Cammarota, el abuso de derecho sea strictu sensu un simple problema de jurisprudencia que los magistrados han de solucionar con arreglo a las circunstancias de cada caso (cf. "Responsabilidad extracontractual", T° I, p. 123). Concordantemente con lo expuesto no debe perderse de vista que el acto abusivo es intrínsecamente legal pero se le imputa una sanción porque ha vulnerado la funcionalidad del derecho al ejercérselo irregularmente, es decir, el meollo radica en distinguir "uso" de "abuso". El derecho cesa donde empieza el abuso. Desde luego que, por ser justamente una reacción contra el puro legalismo, el abuso de derecho debe ser interpretado con carácter estricto y restringido, de forma que sólo cuando aparezca manifiesto el antifuncionalismo recién debe acudir a este remedio excepcional. Se requiere pues que la conducta abusiva sea claramente probada, ya que se trata de evitar el llamado abuso del abuso del derecho. Asimismo cabe recordar como elementos constitutivos del abuso, entre otros posibles, la existencia y ejercicio de una conducta permitida dentro del derecho positivo en virtud de una expresa disposición legal, la contrariedad con los fines de la norma o las reglas de la moral, la buena fe o las buenas costumbres, la existencia de un daño y la imputabilidad. Finalmente adviértase cómo el juego del instituto del abuso de derecho también en materia de simulación o fraude se explica con elocuencia por cuanto, aún cuando la teoría nació -ut supra vimos- como una reacción frente al liberalismo individualista (cf. Jossierand, L., "De l'esprit des droits et de leur relativité - Theorie dite l'abus des droits", 2a. ed., Paris, 1939), en la actualidad -repito- se ha consolidado su carácter de principio regulador de los derechos subjetivos que, por ende, extiende su influencia como un standard propio del orden jurídico todo (cf. v.gr. Ripert, G. y Boulanger, J., "Tratado de derecho civil según el Tratado de Planiol", T° V, Obligaciones, 2a. parte, p. 77; Mazeaud, H. y L. y Tunc, A., "Tratado teórico-práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual", T° I, vol II, p. 249; Llambías, J., "Tratado de derecho civil - Parte general", T° 2, p. 179; Molina, J., "Abuso de derecho, lesión e imprevisión en la reforma del Código Civil", cap. 1, punto 1; Spota, A., "Instituciones de derecho civil - Contratos", T°1, parte general, p. 752; Boffi Boggero, L., "Tratado de obligaciones", T° 6, p. 487; y Belluscio, A. y Zannoni, E., ob. cit., T° 5, p. 53). También la sentencia laboral estableció, en aquello que interesa a este punto, que inmediatamente de producirse los luctuosos sucesos (muerte violenta de ambos causantes) irrumpió YPF S.A. reivindicando en los hechos su calidad de propietaria de la aeroplanta cuya explotación derivara a Pavone y Oviedo en los términos del contrato agregado, retomando íntegramente lo cedido, sin solución de continuidad porque las circunstancias y el tipo de explotación no le daban margen alguno... YPF carecía de otra posibilidad, ante lo acontecido, que obrar como lo hizo recuperando operativamente lo precariamente cedido y posibilitando así la imperiosa continuidad del vital servicio... (fs. 796/797 causa cit.). Luego: no sólo no veo ningún proceder abusivo ni menos aún vías de hecho por parte de YPF al proceder como hiciera sino que, al contrario, tomar el control de la explotación de la aeroplanta se inscribió dentro de un ejercicio regular de sus derechos conforme al contrato ante una tragedia ocurrida sin ninguna culpa suya; con lo cual es evidente, al contrario de lo que interpretan los SUCESORES, cómo la prueba rendida, según meritara con acierto el Juez de grado, no muestra una conducta abusiva y/o contraria a derecho por parte de YPF resultando lo argumentado por aquéllos, por lo demás, una reiteración comprimida de los mismos argumentos apotocantes del agravio atinente a las pretextadas simulación ilícita y falta de acción. Los intereses Aquí sí que la crítica es atendible. En efecto: con arreglo a la obligatoriedad aplicativa de la jurisprudencia del STJ para los Jueces y Tribunales de grado, reinstaurada por la última reforma concretada en la L.O. K 2430 (t.o. según ley 5.033 del 7-4-17), aún más allá de opiniones individuales en contrario, que bien pueden dejarse a salvo, corresponde seguir la consabida secuencia de tasas para estos supuestos según los sucesivos casos "LOZA LONGO", "JEREZ" y "GUICHAQUEO" (18 % anual desde la mora (4-8-2006) hasta el 27-5-2010 + tasa activa cartera general -préstamos- nominal anual vencida a 30 días BNA desde entonces hasta el 24-11-2015 + tasa BNA préstamos personales libre destino -operaciones 49/60 meses desde entonces hasta el 1-9-2016 + tasa BNA préstamos personales libre destino -operaciones h/36 cuotas mensuales desde entonces hasta el efectivo pago). El recurso del perito Cr. GONZALEZ La crítica devino abstracta. En efecto: como directa e inmediata consecuencia de mi propuesta deberá practicarse una nueva regulación honoraria en origen, circunstancia per se dirimente que releva de tratar el agravio por bajos. Al respecto es muy bien conocido ancestral criterio interpretativo de la Corte Suprema Federal con arreglo al cual el agravio, para ser tal, debe ser subsistente al tiempo de su tratamiento. La conclusión Todo lo meritado es a mi juicio más que suficiente para discernir la suerte de cada recurso porque sólo deben tratarse las cuestiones, pruebas y agravios, conducentes para resolver en cada caso lo que corresponda sin ingresar en asuntos abstractos o sobreabundantes, siendo bien conocido cómo los Jueces no están obligados a ponderar una por una y exhaustivamente todas las pruebas, ni seguir a las partes en todos y cada uno de los argumentos que esgrimen en resguardo de sus pretensos derechos, bastando que lo hagan respecto de las que estimaren conducentes o decisivas para resolver el caso, pudiendo preferir algunas de las pruebas en vez de otras u omitir toda referencia a las que estimaren inconducentes o no esenciales (CSJN,

Fallos 308:584; 308:2172; 310:1853; 310:2012; etc.; STJRN, 11/03/2014, "Guentemil", Se. 14/14; STJRN, 28/06/2013, "Ordoñez", Se. 37/13, etc.). En síntesis, de compartirse mi criterio, propongo al Tribunal resolver lo siguiente: I) MODIFICAR la sentencia en crisis RECEPTANDO al efecto parcialmente el recurso apelativo directo de los SUCESORES OVIEDO y DECLARANDO desierto el de los SUCESORES PAVONE-LUZARDI y abstracto el del Cr. GONZALEZ, al sólo y único efecto de integrar el capital de condena con la secuencia de intereses detallada en el considerando respectivo y revocar la regulación de honorarios; II) IMPONER las costas de Alzada en un 80 % a los SUCESORES OVIEDO y en el 20 % restante a YPF (arts. 68 ap. 2°, 69, 71 y cdt. CPCC); III) DIFERIR la regulación honoraria de esta 2a. instancia para cuando se practique una nueva en 1a., con arreglo al nuevo monto del juicio al efecto; IV) DE forma. Así lo voto. A la misma cuestión el Dr. RIAT dijo: Por compartir lo sustancial de sus fundamentos, adhiero al voto del Dr. Cuellar. A igual cuestión el Dr. CAMPERI dijo: Ante la coincidencia precedente, me abstengo de opinar (artículo 271 del CPCCRN). Por ello, la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Minería, RESUELVE: I) MODIFICAR la sentencia en crisis RECEPTANDO al efecto parcialmente el recurso apelativo directo de los SUCESORES OVIEDO y DECLARANDO desierto el de los SUCESORES PAVONE-LUZARDI y abstracto el del Cr. GONZALEZ, al sólo efecto de INTEGRAR el capital de condena con la secuencia de intereses detallada en el considerando respectivo y REVOCAR la regulación de honorarios; II) IMPONER las costas de Alzada en un 80 % a los SUCESORES OVIEDO y en el 20 % restante a YPF (arts. 68 ap. 2°, 69, 71 y cdt. CPCC); III) DIFERIR la regulación honoraria de esta 2a. instancia para cuando se practique una nueva en 1a., con arreglo al nuevo monto del juicio al efecto; IV) PROTOCOLIZAR, REGISTRAR y NOTIFICAR lo resuelto por Secretaría; V) DEVOLVER oportunamente las actuaciones. EDGARDO J. CAMPERI Juez de Cámara CARLOS M. CUELLAR Juez de Cámara EMILIO RIAT Juez de Cámara

027172E