

Nombre del Expediente: "L S M S CONTRA GCBA SOBRE AMPARO" Número: A10684-2014/0 Buenos Aires, 30 de junio de 2016 Y VISTOS: Estos autos, para resolver el recurso de apelación interpuesto y fundado a fs. 159/162 por la parte actora contra la sentencia obrante a fs. 152; y CONSIDERANDO: I. Lisandro Ezequiel Fastman, juez de primera instancia, rechazó el amparo iniciado por Matías López Sabia iniciado con el objeto de reclamar el reconocimiento de su condición de empleado subordinado de la demandada y los derechos constitucionales que de ello se derivan. Según surge de su presentación inicial ingresó a trabajar para la demandada como operador del sistema denominado "Mejor en bici" o "Sistema bicing" en estaciones pertenecientes al GCBA, en el horario de lunes a viernes de 7.30 a 13.30 y sábados de por medio de 9.00 a 15.00 hs. Sus tareas consisten en el asesoramiento, información y registro de los usuarios del sistema, el ingreso al sistema de los datos referidos a cada préstamo y devolución de bicicletas, el control de estado de las bicicletas y su reparación básica. Informó que utiliza un uniforme provisto por la demandada, abre y cierra la estación, se ocupa de la limpieza y el orden del sitio, recibe capacitación y acata las instrucciones de su superior directo (fs. 1/vta). Su argumento central es que la demandada encubre una relación laboral subordinada bajo la suscripción de sucesivos contratos de "locación de obra". Postula la inconstitucionalidad de tales contratos, así como las normas en que se basan. La sentencia desestimatoria dio por reproducidos los términos del dictamen de fs. 119/123 vta., en el que el Fiscal Damián Natalio Corti sostuvo que: i) de hacerse lugar a la demanda se designaría a un nuevo agente estatal, y ello invadiría la zona de reserva de la Administración y avasallaría facultades propias del Poder Ejecutivo; ii) el planteo de inconstitucionalidad carece de fundamentación suficiente, en tanto el actor no indicó por qué los preceptos constitucionales que mencionó tornaban inválida la normativa local que admitía la suscripción de contratos; iii) el artículo 39 de la ley 471 admitía la contratación de trabajadores en el ámbito del Estado, mientras que la ley 20744 –Ley de Contrato de Trabajo– determinaba que sus disposiciones no eran aplicables al personal que presta servicios para la administración pública en cualquiera de sus jurisdicciones; iv) en el sub examine no se verifica una situación de fraude laboral, toda vez que las tareas realizadas por el actor no eran propias de la Administración y estaban sujetas a un plazo determinado; y v) cabe atenerse a la doctrina de los actos propios. El actor apeló el pronunciamiento. Cuestionó que la sentencia no reconociera su relación de trabajo subordinado y, por consiguiente, su derecho a gozar de condiciones dignas y equitativas de labor, descanso y vacaciones pagos, retribución justa, salario mínimo vital móvil, igual remuneración por igual tarea, protección contra el despido arbitrario, posibilidad de participación en la organización sindical libre y democrática y acceso a los beneficios de la seguridad social. Adujo que la demandada reconoció que no le otorga ninguno de esos derechos. Destacó que no petitionó su ingreso a planta permanente, por lo que la sentencia violaba el principio de congruencia. En ese sentido señaló que en el escrito inicial había solicitado que se reconociera su condición de trabajador subordinado y, con ella, los derechos al salario mínimo, al goce de los derechos sindicales, a la cobertura de salud y seguridad social en forma integral, al descanso y vacaciones pagos, entre otros. Al responder el traslado del memorial la demandada señaló que el actor fue contratado para desarrollar tareas propias de una locación de obra, que no se emparentan con las de la Administración en cuanto a los servicios permanentes y que requiere para ser incorporado con derecho a la estabilidad que se realice el respectivo concurso (fs. 164/168). II. La ley 471 (sancionada el 05/08/00 y publicada el 13/09/00, BOCBA 1026) regula las distintas clases de vinculación laboral entre la Administración Pública y los trabajadores, entre los que se encuentran el régimen de planta permanente y la contratación por tiempo determinado. Con respecto a este último caso, el artículo 39 dispone: "El régimen de contrataciones de trabajadores por tiempo determinado comprende exclusivamente la prestación de servicios de carácter transitorio o eventual, no incluidos en las funciones propias del régimen de carrera, y que no puedan ser

cubiertos por personal de planta permanente. En ningún caso dicha transitoriedad podrá exceder los cuatro (4) años. El régimen de prestación por servicios de los trabajadores de Gabinete de las Autoridades Superiores debe ser reglamentado por el Poder Ejecutivo, y sólo comprende funciones de asesoramiento o de asistencia administrativa. Los trabajadores cesan en sus funciones en forma simultánea con la Autoridad cuyo Gabinete integran, y su designación puede ser cancelada en cualquier momento.” Mediante los decretos 1668/00 –del 25 de septiembre de 2000– y 1790/00 –del 13 de octubre de 2000–, se delegó en los Secretarios y Subsecretarios con dependencia directa del Poder Ejecutivo la facultad de renovar hasta el 31 de diciembre de 2000 los contratos de locación de servicios y de obra cuya vigencia concluyera con anterioridad al 1° de octubre de 2000. Además, por decreto 2355/00 –del 19 de diciembre de 2000– se los autorizó a contratar bajo las mismas modalidades hasta el 31 de diciembre de 2001 –o plazo menor–. Posteriormente, el decreto 2138/01 –del 28 de diciembre de 2001– estableció un régimen por el que se facultaba al titular de la Vicejefatura de Gobierno, a los Secretarios del Poder Ejecutivo y Jefe de Gabinete y a los Subsecretarios con dependencia directa del Jefe de Gobierno –y funcionarios con rango equivalente– a autorizar la contratación de personas bajo los regímenes de locación de servicios o de obra. Esta norma no fijó un límite temporal a las atribuciones que otorgaba. El 24 de junio de 2005 se dictó el decreto 948/05 –en lo que interesa al caso fue derogado por el decreto 60/08–, que intentó adecuar a los términos de la primera parte del artículo 39 de la ley 471 los contratos de locación de servicios celebrados en el marco del decreto 2138/01 –y modificatorios– que no encuadraran dentro de las excepciones previstas en el artículo 3° y que, vigentes al 31 de diciembre de 2004, hubieran sido renovados durante 2005 y se encontraran en curso de ejecución. El artículo 3° del decreto disponía que: “A partir de la entrada en vigencia del presente decreto, no se pueden celebrar contratos bajo el régimen del Decreto N° 2.138-GCABA/01 y sus modificatorios, salvo en los siguientes casos, en los que también serán de aplicación las delegaciones específicas de facultades: a) cuando la dedicación no sea completa; b) cuando sean financiados con fondos provenientes de fuente externa o de transferencias afectadas; c) cuando tengan por objeto locaciones de obra; d) cuando sean efectuados bajo el régimen establecido por el Decreto N° 490-GCABA/03 (B.O. N° 1683) o la norma que lo reemplace, para la realización de tareas de relevamiento y/o encuestas encomendadas a la Dirección General de Estadística y Censos, dependiente de la Subsecretaría de Gestión y Administración Financiera de la Secretaría de Hacienda y Finanzas, y e) cuando tengan por objeto la realización de tareas artístico-culturales, entendiéndose por tales los contratos celebrados para la producción de actividades que conforman servicios públicos finales y que pueden identificarse con acciones específicas que ejecuta cada unidad de organización de la Secretaría de Cultura, incluyendo los espectáculos teatrales, musicales, de ballet y líricos, los festivales, los conciertos, las exposiciones, las conferencias y las actividades académicas afines a la materia.” Como se adelantó, este artículo fue derogado por el decreto 60/08, que volvió a facultar al titular de la Vicejefatura de Gobierno, a los Ministros y Secretarios del Poder Ejecutivo y los funcionarios con rango o nivel equivalente a contratar bajo los regímenes de locación de servicios y obra hasta un monto determinado, dentro de sus disponibilidades presupuestarias. Es decir que la finalidad perseguida en el decreto 948/05 de regularizar la situación de las personas contratadas bajo la figura de locación de obras y servicios fue abandonada por la propia Administración en normas posteriores que, sin mayores precisiones, volvieron a convalidar la facultad de celebrar este tipo de contrataciones. El decreto 60/08 a su vez fue derogado por el decreto 915/09 y ese a su vez derogado por el 224/13 –actualmente vigente–. Esta última norma faculta al titular de la Vicejefatura de Gobierno, a los Ministros, Secretarios y Subsecretarios del Poder Ejecutivo y a los funcionarios con rango o nivel equivalente a contratar, hasta un monto máximo de veinte mil pesos (\$ 20 000) mensuales por contrato, bajo los regímenes de locación de obras y servicios. Asimismo facultó al Ministro de

Hacienda a modificar el monto máximo. Para los casos en que la contratación superase dicho monto, se requiere autorización mediante resolución conjunta suscripta por el titular de la jurisdicción contratante y el titular del Ministerio de Hacienda. III. Los tres contratos acompañados por el actor fueron suscriptos por la Administración en carácter de locataria de obra, alegando las facultades previstas en las resoluciones 133/2012, 347/2013 y 108/2014. Las resoluciones 347/GCABA/MJGGC/13 –del 6 de mayo de 2013– y 108/GCABA/MJGGC/14 –del 27 de enero de 2014– autorizaron la contratación de Matías Sebastián López Sabia con remisión a lo dispuesto por los decretos 915/09 y 224/13, respectivamente. IV. Corresponde examinar el vínculo que une a las partes, para comprobar si –tal como adujo el actor– se trata de una relación de trabajo subordinado o si –como sostiene la demandada– se trata de un supuesto válido de locación de obra. En términos generales la doctrina destaca el concepto de subordinación como factor fundamental para la determinación del ámbito de aplicación del derecho del trabajo. En los albores mismos de la formación de la disciplina, su rol delimitante fue propuesto por un autor clásico, Lodovico Barassi, en su libro "Il Contratto di Lavoro nel diritto positivo italiano", cuya primera edición fue publicada en 1901. Barassi definió la subordinación como la sujeción plena y exclusiva del trabajador al poder directivo y de control del empleador (Óscar Ermida Uriarte; Óscar Hernández Álvarez, "Crítica de la subordinación", Derecho del Trabajo 2003-B, pág. 1168, La Ley). Nuestro ordenamiento jurídico en materia laboral no se aparta demasiado de la definición original de Barassi, en cuanto se refiere a la subordinación jurídica que en general es entendida como la obligación que tiene el trabajador de sujetarse al poder directivo del empleador, quien, en ejercicio de su facultad de organizar y dirigir la empresa, puede dar órdenes al trabajador, fiscalizar su cumplimiento y tomar medidas disciplinarias. En general la doctrina acepta la subordinación como elemento fundamental para delimitar la relación laboral de otras figuras pertenecientes al ámbito civil y mercantil, si bien no exclusiva, y añaden el carácter personalísimo, la voluntariedad, la ajenidad y la onerosidad del trabajo. La Corte Suprema en el caso "Cairone, Mirta Griselda y otros c. Sociedad Italiana de Beneficencia en Buenos Aires, Hospital Italiano s/ despido" (Fallos, 338:53) a fin de examinar la naturaleza del vínculo evaluó las características de las prestaciones, la realización de actos de servicios u obras por cuenta propia o ajena, la relación jerárquica y de subordinación, quién asume el riesgo de la prestación, y en especial recurrió al principio de primacía de la realidad, al de buena fe, y al de colaboración recíproca entre las partes. En idénticas condiciones se dictó el fallo "Pastore", estableciéndose que una empresa de servicios de salud y el profesional que prestaba servicios en forma autónoma no se encontraban vinculados por una relación de dependencia debido a que la demandada era ajena al pago y fijación de honorarios (CSJN, "Pastore, Adrián c. Sociedad Italiana de Beneficencia en Buenos Aires, Hospital Italiano s/ recurso de hecho", del 19/02/15). En el mismo sentido se había expedido la Corte en el caso "Bértola", en el que se admitió el recurso extraordinario interpuesto contra la sentencia que había hecho lugar a la demanda laboral iniciada por un médico -jefe del servicio de obstetricia- contra un hospital, ya que en el desarrollo de la litis se produjo considerable prueba coincidente acerca de que en la institución había médicos que desempeñaban tareas en relación de dependencia y otros - como el actor- cuya designación anual los autorizaba a atender pacientes y cobrar los honorarios que se abonaran por tal atención. Destacó el tribunal que tales honorarios eran liquidados por el demandado a los médicos contra la emisión de recibos como profesionales independientes y en caso de falta de pago al hospital, los médicos quedaban en condiciones de gestionar directamente su cobro (CSJN, "Bertola, Rodolfo P. c. Hospital Británico de Bs As", Fallos, 326:3043). V. El artículo 23 de la Ley de Contrato de Trabajo establece una presunción iuris tantum, es decir que, ante una determinada circunstancia de hecho se aplicará un determinado encuadre legal, y al mismo tiempo, admite la inversión de la carga probatoria. La norma expresa bajo el título "Presunción de la existencia del contrato de trabajo" que el hecho de la prestación de

servicios hace presumir la existencia de un contrato de trabajo, salvo que las circunstancias, las relaciones o causas que lo motiven demostrasen lo contrario. Esa presunción operará igualmente aun cuando se utilicen figuras no laborales para caracterizar al contrato, y en tanto que por las circunstancias no sea dado calificar de empresario a quien presta el servicio. Es el Gobierno empleador quien debe demostrar que el vínculo que lo unió al actor no es de dependencia y, para ello, debe acreditar los recaudos contenidos en los fallos mencionados. VI. Por otra parte, Borda señaló que el objeto del contrato de locación de obra se identifica con “(...) la construcción de un edificio, puente, camino, etcétera, su modificación o refacción, y aun su demolición; la fabricación de una máquina o motor, su reparación, su desarme; la realización de obras intelectuales, tales como escribir un libro, una obra de teatro, una partitura, pintar un retrato, hacer una escultura, etcétera (...)” (Guillermo A. Borda, Tratado de Derecho Civil, séptima edición actualizada, págs. 49/50, Buenos Aires, Lexis Nexis, Abeledo Perrot). Al tratar las obligaciones del empresario, destacó: 1) ejecutar la obra en forma debida, 2) entregarla a tiempo, 3) permitir el contralor de la marcha de los trabajos por el dueño, 4) responder ante el dueño por la solidez de la obra (Borda, op. cit., pág. 57). López de Zavalía al presentar la noción de este tipo contractual afirmó: “En la locación de obra el locador promete algo más que una actividad dirigida a un resultado: promete hacer obtener el resultado mismo. ‘Resultado’ y ‘obra’ son términos que se encuentran en relación de género a especie: la ‘obra’ es una especie de resultado. El locador debe alcanzar el resultado: producir la obra. Y debe realizar todo lo necesario para que esa obra quede a disposición del locatario (...)” (Fernando López de Zavalía, Teoría de los Contratos, Zavalía, T. IV, 2003, pág. 173). La distinción entre una relación subordinada de trabajo y la locación de obras y servicios o el contrato de servicio —como ahora se denomina en el artículo 1251 del Código Civil y Comercial que los define de manera conjunta— reside precisamente en la acreditación de la subordinación jurídica, a cuya demostración se supedita la exclusión de la regulación propia del ordenamiento civil. El artículo 1252 del CCyC lo expresa claramente, la cuestión gira siempre en torno al punto esencial destacado en los considerandos precedentes: la prueba adecuada de la subordinación. VII. Para examinar si entre las partes medió una relación de empleo no es necesaria una suma matemática de todas sus notas tipificantes pues existen casos en que la subordinación se da en forma menos rígida que en otros supuestos de vinculación dependiente. No obstante hay ciertos rasgos distintivos que permiten diferenciar una especie contractual de la otra. Así, si bien tanto la relación laboral como la locación de obra tienen por objeto la ejecución de una tarea contra el pago de un precio, su diferencia radica en la índole y finalidad de la labor a cumplir, la asunción de riesgos con respecto al resultado del trabajo y el grado de dependencia personal. En la relación de trabajo, ordinariamente se contemplan prestaciones repetidas no individualizadas “ab initio”, mientras que en la locación de obra se limitan —por lo general— a la ejecución de un solo trabajo. Sin embargo, la unicidad o pluralidad de las prestaciones tiene valor meramente indiciario, por lo que solo puede hablarse de locación de obra —cuando ésta comprende varios trabajos— en el supuesto que se encuentren concretamente determinados y especificados y no solo genéricamente circunscriptos, como ocurre en los contratos de trabajo, en que la individualización depende del derecho de dirección o de las circunstancias. La asunción de riesgos por parte del locador constituye otra de las características que distingue ambas figuras. Por último, como se señaló, la dependencia personal es un elemento distintivo entre la relación de dependencia y la locación de obra. En este punto cobra relevancia el detalle de tareas desempeñadas por el actor, su deber de cumplir un horario fijo, elevar informes a sus superiores y percibir una remuneración mensual fija. Tales elementos dan cuenta de que el vínculo laboral existente involucra dependencia personal. VIII. En efecto, de las constancias de autos se desprende que: i) Matías Sebastián López Sabia fue contratado como operador de estación de la flota de bicicletas del GCBA el 2 de agosto de 2011 (v. fs. 1 —dichos del actor no controvertidos por la demandada— y fs. 59 –

movimientos de la caja de ahorro de los que surge como primera acreditación de depósito la suma de 00 el 21/09/11-); ii) su vinculación laboral con la demandada se llevó cabo a través de una serie de contratos sucesivos de "locación de obra" que, en su cláusula primera, definían el puesto para el que se empleaba al actor y en el que se detallaban los plazos en que debían ejecutarse los trabajos acordados (v. fs. 94/96 –operador sistema bicing para la Subsecretaría de Transporte, del 01/01/12 al 31/12/12–, fs. 102/104 –administrador para la Dirección General Movilidad Saludable del 1/4/13 al 31/12/2013–, fs. 106/108 –operador bicing para la Dirección General Movilidad Saludable del 01/01/14 al 31/12/14–). Si bien el contrato suscripto en abril de 2013 se dividió en nueve etapas –una por mes–, para la primera se fijó un estipendio de diez mil quinientos pesos (500), para la segunda uno de siete mil pesos (00) y para cada una de las restantes la suma de tres mil quinientos pesos (\$ 3500), de lo que puede colegirse que el primero de los montos habría sido estipulado para cubrir enero, febrero y marzo, y el segundo para cancelar los trabajos efectuados durante abril y mayo; iii) Las responsabilidades y tareas a cargo del actor fueron detalladas en un folleto (cuya copia obra a fs. 97/101). Entre las más destacables se mencionan: "Brindar asesoramiento e información necesaria para satisfacer y superar el motivo de contacto del Usuario (...) Canalizar y recepcionar a todos aquellos Usuarios que se acercan a la Estación mediante los procedimientos establecidos de atención al Usuario (...) Mantenerse permanentemente actualizado y conocer las novedades diarias (...) Dar apoyo en la carga y descarga de bicicletas a los choferes cuando se realicen los traslados de bicicletas entre estaciones (...) Montar y desmontar de las gancheras las bicicletas que se encuentran operativas dentro de la estación de bicicletas (...) Asistir a las actividades de entrenamiento, actualización y capacitación generadas por [la] Subsecretaría de Transporte (...) Respetar los horarios de apertura y cierre de la Estación, estos son: apertura 07:30 / 7:00 y cierre 20:30 / 21:00 según las Estaciones (...) Informará sin que le sea solicitado a su superior inmediato sobre las situaciones importantes de su área de trabajo y transmitirá o conseguirá las informaciones cruzadas que sean necesarias para garantizar un proceso de trabajo sin fricciones." iv) la demandada no desconoció la documental acompañada ni controvertió el relato de los hechos efectuados en la demanda en torno a la forma de contratación y las tareas a cargo del Sr. López Sabia. IX. La circunstancia de que el actor haya sido contratado por el GCBA determina la aplicación del impedimento dispuesto por el artículo 2, inciso a, de la LCT, que excluye su aplicación al caso, pero ello en modo alguno implica la desprotección de sus derechos. En el artículo 14 bis de la Constitución nacional se afirma que el trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes. Este mandato constitucional incluye al trabajo que se desarrolla tanto en el ámbito privado como en el público (Fallos, 330:1989, 333:311, 334:398, entre otros). Sobre esta cuestión es importante considerar la Recomendación de la OIT sobre la relación de trabajo, 2006 (núm. 198) que estima "...que la protección de los trabajadores constituye la esencia de [su] mandato". Y observa que "...hay situaciones en las cuales los acuerdos contractuales pueden tener como consecuencia privar a los trabajadores de la protección a la que tienen derecho". La Recomendación entiende, que "...en el marco de la prestación de servicios transaccionales es importante determinar ¿a quién se considera como trabajador vinculado por una relación de trabajo? ¿Qué derechos tiene y quién es el empleador?". Por lo que el art. 1° de la citada Recomendación propone: "...clarificar y adaptar el ámbito de aplicación de la legislación pertinente, a fin de garantizar una protección efectiva a los trabajadores que ejercen su actividad en el marco de una relación de trabajo". Y en el artículo 2° exhorta a adoptar una "legislación" o una "práctica" no menos "clara y adecuada a fin de asegurar la protección efectiva de los trabajadores vinculados por una relación de trabajo". Por su parte, el artículo 4° b, recomienda "luchar contra las relaciones de trabajo encubiertas". El artículo 4° afirma que: "La política nacional debería incluir, por lo menos, medidas tendientes a: (a) Proporcionar a los interesados, en particular a los empleadores y a los trabajadores, orientación

sobre la manera de determinar eficazmente la existencia de una relación de trabajo y sobre la distinción entre trabajadores asalariados y trabajadores independientes". Asimismo el artículo 11 prevé que: "A fin de facilitar la determinación de la existencia de una relación de trabajo, los miembros deberían considerar, en el marco de la política nacional a que se hace referencia en la presente Recomendación, la posibilidad de: (a) Admitir una amplia variedad de medios para determinar la existencia de una relación de trabajo; (b) Consagrar una presunción legal de la existencia de una relación de trabajo cuando se dan uno o varios indicios, y (c) Determinar, previa consulta con las organizaciones más representativas de empleadores y de trabajadores, qué trabajadores con ciertas características deben ser considerados, en general o en un sector determinado, como trabajadores asalariados o como trabajadores independientes". La Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo ha dicho que los empleadores, a efectos de evadir la aplicación tuitiva de la normativa laboral, exigen de manera frecuente a sus dependientes la suscripción de contratos de este tipo y que, por el principio de primacía de la realidad, la naturaleza de una relación de empleo debe determinarse por el examen de las características que la conformen y definan en la realidad de los hechos y no por lo que surja de los acuerdos, cuya suscripción bien puede constituir una imposición más del dador de trabajo (CNAT, Sala VII, "Zelasco, José F. v. Instituto Obra Social del Ejército", sentencia del 18/11/02). Dichas consideraciones entrañan la invalidez de las cláusulas contractuales y de las eventuales disposiciones legales que las sustenten, en tanto nieguen la configuración de una relación de empleo, cuando los términos de la vinculación –o la ejecución de ésta en los hechos– muestren la presencia de los elementos constitutivos de esa relación, dicho esto más allá del contenido y alcances de los derechos, deberes y obligaciones que de ello deban seguirse (CSJN, "Ramos, José Luis c/Estado Nacional (Min. de Defensa – A.R.A.) s/indemnización por despido", Fallos, 333:311). Como se advierte, los términos de la propia cláusula primera de los acuerdos suscriptos desvirtúan el tipo contractual que se ha utilizado y muestran la invalidez de los instrumentos con los que se pretendió regular el vínculo (v. fs. 94, 102 y 106). El carácter subordinado de la relación entre las partes no ofrece dudas, pues más allá del nomen iuris utilizado para la clasificación del vínculo, la prestación de servicios del actor se insertó en el marco de la actividad llevada a cabo por el organismo público demandado, sin que se probara siquiera por indicios que el trabajador pudiera revestir la calidad de autónomo. Es que no basta a tal fin la sola invocación de normas tales como los decretos 915/09 y 224/13, toda vez que la demandada no expuso ni acreditó las circunstancias objetivas y razonables que hubieran permitido efectuar el encuadramiento pretendido. Así, es claro que la demandada ha utilizado figuras jurídicas autorizadas legalmente para casos excepcionales con una evidente desviación de poder que tuvo por objeto encubrir una designación caracterizada por la dependencia bajo la apariencia de un vínculo autónomo. A partir de los hechos probados cabe tener por acreditado el fraude laboral, porque de las constancias de autos surge que las obligaciones a cargo del Sr. López Sabia lo colocan en una relación de trabajo subordinado, sin ánimo de actuación autónoma, y el hecho de que sus honorarios fueran abonados en forma mensual y por importes iguales –que se vieron aumentados, pero en forma regular y sucesiva– no hace más que demostrar la existencia de un pago de salarios encubierto. X. Si bien asiste razón a la demandada cuando afirma que es propio de la Administración contratar personal bajo sus distintas modalidades, tal potestad no incluye el encuadre arbitrario de relaciones de dependencia bajo figuras que la liberen de sus obligaciones en perjuicio de los derechos laborales del actor. No hay inconveniente en que, profesional o no, cualquier trabajador elija el vínculo que prefiere emplear para llevar a cabo su tarea en relación con terceros. Pero esto es posible en tanto y en cuanto el vínculo jurídico escogido se compeza con la realidad de los hechos. Por el contrario, si se elige un vínculo autónomo, pero la realidad de los hechos marca la dependencia o subordinación del prestador de servicios hacia el dador de trabajo, las obligaciones

nacidas de la relación de dependencia son indisponibles para las partes. La primacía de la realidad marca sin lugar a dudas una relación de trabajo. En ese caso, dichos servicios deben comprenderse como una relación de subordinación laboral. XI. Frente a los datos del expediente, configura un claro menosprecio y desconocimiento del orden jurídico y de la persona del trabajador que el Gobierno, ante la demanda promovida por su dependiente, alegue que se trató de una locación de obras en términos voluntariamente aceptados por el actor, pues en rigor se trató de una contratación en términos de adhesión para acceder a una fuente de trabajo, sin posibilidad de producir variante alguna. Proveer bicicletas a los habitantes de la Ciudad puede ser considerada una tarea ajena a la función administrativa, pero una vez que el Estado decide asumir la tarea todo su obrar en el rubro es alcanzado por la normativa que rige su actuación. En ese sentido, tampoco puede echarse mano de la teoría de los actos propios –como propicia el Fiscal de grado- porque el ordenamiento que protege el empleo resulta indisponible para las partes. De lo contrario, las normas reguladoras del empleo público y de la contratación administrativa se tornarían en una facultad y no en una obligación del Estado contratante. En efecto, no es posible aceptar que por haber suscripto los acuerdos se impida al apelante impugnar su validez. La doctrina de la renunciabilidad de las garantías constitucionales, tal como fue desarrollada por la Corte, se refiere a la defensa de los derechos de propiedad de los habitantes de la Nación, por lo que debe entenderse que no están incluidas en aquélla las garantías instituidas en resguardo de otros derechos (ver disidencia de los jueces Petracchi y Bacqué, en Fallos, 312:1082). La renuncia a las garantías constitucionales sólo es admisible cuando se amparan derechos de contenido patrimonial y no cuando aquéllos se relacionan directamente con el estatuto personal de la libertad. La teoría de los actos propios fue desestimada cuando el interesado cuestionó la validez de una norma a la que se vio obligado a someterse como única vía posible para acceder al ejercicio de su actividad (Fallos, 311:1132), situación asimilable a la debatida en autos. A similares conclusiones arribó el Procurador ante la Corte Nicolás Eduardo Becerra en el caso “Hoofit”, en el que se indicó que resultaba inviable la defensa opuesta por la parte demandada en relación al voluntario sometimiento al régimen jurídico existente al momento de iniciar la carrera judicial, porque el actor no podría haber demandado la inconstitucionalidad de la norma, so pena de ser desestimada in limine, hasta tanto acreditara reunir el presupuesto de “causa” o “caso”, exigido por la ley 27 (Fallos, 327:5118). Asimismo, sobre la doctrina del acatamiento inicial se ha afirmado, que “aplicada indiscriminadamente, constituye quizás la más injusta de todas las trabas que se han ido creando jurisprudencialmente, al contralor de la constitucionalidad” (Valiente Noailles, Manual de jurisprudencia de la Corte Suprema, Fondo de Obras Jurídicas, 1970, págs. 35/36). En su voto disidente en la causa “Abbondio, Eliana Isabel c. Provincia ART SA”, Lorenzetti y Maqueda, mediante remisión al dictamen de la señora Procuradora Fiscal, Marta Beiró de Gonçalvez, señalaron que era improcedente considerar que el trabajador que se ha sometido voluntariamente al régimen que regula el trámite administrativo ante las comisiones médicas no puede luego impugnarlo, ya que la ley 24557 no habilita la opción de acudir al trámite judicial de manera directa, como sí lo hacían los regímenes anteriores, porque no es posible atribuir un supuesto de sometimiento voluntario a un régimen jurídico cuando la conducta reprochada es el único camino normativo posible y sin otra alternativa para acceder a la obtención de aquello que se reclama (Fallos, 331:241). Sobre la “doctrina de los actos propios” y su inaplicabilidad en el ámbito laboral cabe también considerar en caso “Llosco”, en el que la Corte dejó sin efecto la sentencia del Superior Tribunal de Justicia de Jujuy que había desestimado un reclamo con fundamento en el acatamiento voluntario al procedimiento de la LRT. Afirmó la Corte que la doctrina del voluntario sometimiento es inaplicable cuando el actor, al invocar determinados preceptos, no renuncia tácitamente al derecho de impugnar aquellos otros que se le opongan y que conceptúe contrarios a la Constitución o leyes nacionales o tratados internacionales, salvo que

entre unos y otros exista interdependencia o solidaridad inexcusable (Fallos, 330:2696). En síntesis, no se trata de conculcar el derecho a la libertad contractual, sino de que el espacio que aquella libertad ocupe dentro del marco de las relaciones de empleo esté presidido por una conducta socialmente responsable, capaz de privilegiar al hombre y su dignidad como valor primordial de una sociedad democrática. De allí que el Estado, como garante de esos valores, deba ser el primero en sellar los intersticios a través de los cuales la autonomía de la libertad pretenda utilizarse como excusa para huir del marco que tutela las mínimas obligaciones de un empleador decente. ¿Puede imaginarse un trabajador sin sueldo anual complementario, sin estabilidad siquiera relativa, sin feriados ni vacaciones pagas, sin licencias por enfermedad obra social ni seguro obligatorio por riesgos del trabajo? ¿Qué haría el Estado frente a un empleador tan mezquino? Las relaciones laborales son vínculos que suponen una ética y que funcionan de acuerdo a ella o la contradicen. La precariedad, la transitoriedad, la inestabilidad, la falta de cumplimiento con los sistemas de solidaridad social, además de su clara ilegalidad, tienen una connotación ética negativa que el Estado no puede permitirse. El fraude cometido en autos consiste en la mercantilización del trabajo, en frontal oposición a la máxima de la OIT de que “el trabajo no es una mercancía” (Declaración de Filadelfia, sancionada en 1944, donde figuran los principios y fines fundamentales de la OIT, I, a.). En rigor de verdad, sostener que una persona puede con su trabajo ser objeto de una locación de obra no es sólo dar muestras de un enorme atraso histórico y social sino que también conlleva “cosificar” al ser humano (ver, CAT, Sala II, 30/05/14, en “Zarlenga Andrea Verónica C/ Rickson SA Y otros s/ despido”, del voto de Estela Milagros Ferreirós). En síntesis, la sustitución de las relaciones de empleo público ajustadas a la legislación por contrataciones civiles o comerciales fraudulentas supone un vaciamiento ético de las relaciones laborales. El empleo no registrado es uno de los mayores problemas de nuestro país: según el INDEC afectaba al 31,9 % de los trabajadores en el primer trimestre del 2015; esto es, unos cuatro millones de personas que no tienen acceso a los beneficios de quienes están registrados. La paradoja es que sea el propio Gobierno de la Ciudad quien no cumpla sus deberes como empleador. Frente a la prueba producida en autos la idea de que Matías López Sabia constituye una empresa individual que celebró con el Gobierno un contrato de locación de obras, asumiendo riesgos en un marco regido por la autonomía de la voluntad, constituye un mecanismo de fuga del ordenamiento jurídico. De lo expuesto se desprende que asiste razón al Sr. López Sabia y que la demandada deberá adecuar su contratación a las previsiones de la ley 471. XII. En razón de las consideraciones que anteceden, corresponde hacer lugar al recurso de apelación, revocar la sentencia de primera instancia y ordenar al GCBA que adecue la situación laboral del actor al régimen de la ley 471 desde el 2 de agosto de 2011 y, en consecuencia, abone todos los conceptos adeudados. A tal fin, dentro de los quince (15) días de notificada la presente deberá practicar liquidación de todos los rubros adeudados desde el 2 de agosto de 2011 hasta la fecha, y presentarla ante el juzgado de primera instancia. A las sumas debidas por cada mes de haberes se agregará, desde el quinto día hábil del mes siguiente hasta el efectivo pago, el monto líquido que resulte del promedio entre la suma que se obtenga de aplicar la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a 30 días del Banco de la Nación Argentina y la que surja de la aplicación de la tasa pasiva promedio que publica el BCRA (comunicado 14290) –conf. “Eiben, Francisco c/ GCBA s/ empleo público (no cesantía ni exoneración)”, EXP 30370/0, del 31 de mayo de 2013–. Por tratarse de un crédito de carácter alimentario, las sumas resultantes deberán ser pagadas dentro de los treinta (30) días de la aprobación de la liquidación definitiva hasta el límite establecido en el artículo 395 del Código Contencioso Administrativo y Tributario, que se determinará sobre la base del sueldo que percibe el Presidente del Tribunal Superior de Justicia, en atención a lo dispuesto en el artículo 98 de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires con relación a la retribución del Jefe de Gobierno. El saldo, si lo hubiere, deberá cancelarse en la forma



y plazo previstos en los artículos 399 y 400 del código de rito. XIII. Finalmente, teniendo en cuenta que se propone revocar la sentencia de grado, es necesario adecuar los honorarios de Pablo Fabian Antelo, en su carácter de letrado patrocinante del actor en los términos del artículo 249 del CCAyT. En función de la entidad de la labor desarrollada y teniendo en cuenta lo dispuesto por los artículos 1º, 16, 17 y 51 de la ley 5134, corresponde regular los honorarios del Dr. Antelo por su actuación en primera instancia en la suma de veintidós mil ochenta pesos (\$ 22 080). Dicho monto resulta de la aplicación de la suma de 20 UMAS - unidad fijada en mil ciento cuatro pesos (04) por la resolución de la Presidencia de Consejo de la Magistratura 437/2016, mínimo previsto por el artículo 51 de la ley 5134. Asimismo, los honorarios por las tareas desarrolladas en segunda instancia se fijan en la suma de ocho mil ochocientos treinta y dos pesos (32), en atención a lo dispuesto por el artículo 30 de la ley 5134. DISIDENCIA DEL DR. CENTANARO: Las cuestiones planteadas han sido adecuadamente consideradas en el dictamen del Sr. Fiscal (fs. 174/175 vta.), a cuyos fundamentos, que en lo sustancial son compartidos, corresponde remitirse por razones de brevedad. Por todo expuesto, habiendo dictaminado el fiscal ante la Cámara, por mayoría, se RESUELVE: 1) Hacer lugar al recurso de apelación en los términos expuestos en el considerando XII. 2) Imponer las costas al GCBA vencido. 3) Regular los honorarios del Doctor Pablo Fabián Antelo en la suma de treinta mil novecientos doce pesos (912). Regístrese y notifíquese al Sr. Fiscal de Cámara en su despacho, y a las partes por Secretaría. Oportunamente, devuélvase