

//NERAL ROCA, 13 de abril de 2012.

Y VISTOS: Para dictar sentencia en estos autos caratulados "BOGLIO MIGUEL ALBERTO c/ EXPOFRUT S.A. s/ RECLAMO" (Expte.Nº 2CT-22596-10).-

Previa discusión de la temática del fallo a dictar con la presencia personal de los jueces votantes, de lo que da fe la Actuaria, corresponde votar en primer término al Dr. Nelson Walter Peña, quien dijo:

I.- RESULTANDO: Se inician los presentes actuados con la demanda incoada por Miguel Alberto Boglio contra la firma Expofrut S.A. por la suma de \$ 53.461,88, en concepto de indemnización por antigüedad; preaviso; vacaciones 2009; SAC/08 y 09; indemnizaciones de los arts.1º y 2º de la Ley 25.323 e indemnización del art. 80 LCT.

Manifiesta que fue contratado por la demandada el día 20 de enero de 2003, con motivo de la apertura de un gimnasio para su personal, habiéndosele encomendado las tareas de coordinación de éste y de los profesores, como así también las de instructor de gimnasia, planificación y control de las actividades físicas de los empleados.

Que si bien existieron modificaciones a lo largo de los siete años de vinculación, en el último tramo el actor cumplía con tareas de docente los lunes, miércoles y viernes de 6,30 hs. a 8,30 hs. y con una dedicación full time en las tareas de coordinación del funcionamiento del gimnasio.

También la remuneración sufrió modificaciones, ya que en un comienzo se fijó en \$ 1.250, elevándose al final a \$ 2.124.

El control de asistencia se realizaba a partir de un guardia apostado en una casilla ubicada en el ingreso al predio, quien volcaba en una planilla el ingreso y egreso.

Afirma que fue contratado en razón de su título de kinesiólogo reconocido en la región y por su prestigio alcanzado en las labores de instructor físico, siendo la persona idónea para asumir la responsabilidad de la puesta en marcha, planeamiento y ejecución del gimnasio, ideado para que el personal de la firma tuviera un beneficio adicional en su lugar de trabajo.

Que todo el equipamiento de aparatos con excepción de una barra, cuatro discos y una pelota fitt ball, fue aportado por la empresa, comprendiendo las clases un grupo de 15 trabajadores.

Agrega que el resto del staff de instructores fueron contratados haciéndoles suscribir un contrato al igual que el actor o directamente en negro, siendo siempre tres; en un primer momento estaba integrado por Silvana Montanari, Federico Molina y el actor y luego fueron contratados Cristobal Makaroff, Diego Suárez, Oscar Bianchetti y César Ruíz.

Acompaña contratos suscriptos por Silvana Montanari y Federico Molina, de los que surge, según considera, el reconocimiento de la calidad de coordinador, en el primer caso, y la diferencia de montos por el servicio, en el segundo caso.

De la serie de contratos suscriptos durante más de seis años surgen las tareas que le habían sido asignadas, tales como, coordinación de las actividades a desarrollar en el gimnasio con seguimiento profesional de los usuarios; coordinar las tareas de los restantes instructores; trabajo personalizado en función de las necesidades de cada usuario; confección de fichas personales; planificación de trabajos "posturales" con el fin de prevenir lesiones y mejorar algún déficit en postura corporal; y realización de test personales.

Señala que su dedicación era full time, contando la empresa con su celular para convocarlo frente al primer inconveniente o sólo para coordinar actividades, lo que justificaba el plus salarial que se le abonaba.

Que trabajó ininterrumpidamente hasta el 5 de junio de 2009, fecha en la que Pablo Norberto Caffè le informó que, en vistas a una futura reducción de gastos, habían resuelto despedirlo, aún cuando el contrato no había vencido.

Destaca como características del vínculo mantenido que: las instrucciones le eran impartidas por Pablo Norberto Caffè; la única retribución que percibía era la que le otorgaba la empresa; era ajeno a él el riesgo empresarial, siendo indiferente la afluencia de empleados al gimnasio; percibía sus haberes del 1° al 10, los que eran depositados en el BBVA; suscribía anualmente los contratos respectivos y se lo obligaba a facturar los importes percibidos, ello como medio para encubrir el carácter laboral de la prestación.

Que el intempestivo e injustificado despido lo llevó a la necesidad de reclamar sus derechos, enviando telegrama de fecha 9 de junio de 2009 por el que intimó a que se le aclare su situación laboral. Dicha misiva fue contestada por la demandada el 13 de junio de 2009 negando la existencia de contrato de trabajo y por ende la procedencia del requerimiento de aclaración de la situación de laboral, por lo que remitió telegrama de fecha 23 de junio de 2009 comunicando su decisión de colocarse en situación de despido indirecto.

Funda en derecho; practica planilla de liquidación; ofrece pruebas y solicita que oportunamente se haga lugar a la demanda.

A fs.37 se ordenó correr traslado de la acción.

A fs.93/102 Expofrut S.A. contestó la demanda, solicitando el rechazo de la misma, con costas.

Reconoce que el actor se vinculó con su parte mediante un contrato de locación de servicios; que dicha vinculación comenzó a partir del mes de enero de 2.003; que se lo contrató para que prestara el servicio profesional de instructor en el gimnasio; que la contratación se realizó teniendo en miras su título profesional de kinesiólogo; que el actor era un profesional/empresario independiente; que se hubiese estipulado que el actor debía ir tres veces a la semana y durante dos horas; que el actor facturaba por sus servicios; que el pago de los mismos se realizara por intermedio del Banco BBVA y que su parte contratara a otros instructores además del actor.

Niega que el actor estuviera con dedicación full time a la coordinación del funcionamiento del gimnasio; que se le efectuara un control de asistencia; que prestara tareas de docencia; que el actor hubiese alcanzado prestigio por sus labores como instructor físico; que hubiese recaído sobre sus hombros la puesta en marcha, planeamiento y ejecución del gimnasio; que las clases comprendieran un número de 15 personas, y, en su caso, que fuese el actor quien estuviere a cargo de las mismas; que se le haya hecho suscribir los contratos que acompaña; que los servicios por los que fuera contratado denoten la existencia de un contrato de trabajo; que su parte tuviese el celular del actor y, en su caso, que ello sea demostrativo de su supuesta dedicación full time; que se lo convocase para coordinar las actividades diarias o semanales; que el pago que se le realizara fuere excesivo y que ello pruebe su dedicación full time; que Pablo Caffé le hubiese comunicado que lo iba a despedir; que la interrupción de los servicios antes de la finalización del contrato pusiera en evidencia la supuesta relación laboral que invoca; que la empresa hubiese impartido instrucciones para la realización de sus servicios; que el actor no tuviese riesgo empresarial; que el actor cobrase un salario y que se le haya obligado a facturar los importes percibidos; que le asista derecho a efectuar reclamo alguno; que el actor, en cuanto a la relación comercial que los vinculó, no haya contado con independencia técnica, jurídica y económica; que sea aplicable la presunción del art.23 de la LCT.; que su parte haya cometido fraude alguno; que se encubriese mediante la figura de la locación de servicios un contrato laboral y que adeude suma alguna.

Realiza un análisis de la presunción del art.23 de la LCT., citando al respecto la opinión de distintos autores.

Manifiesta que el actor no es un dependiente, ya que a diferencia de lo que pretende dejar entrever, se trata de un profesional que ha desarrollado una empresa para prestar sus servicios a otras, ya sea en forma personal y/o por intermedio de sus dependientes.

Como prueba de ello basta revisar la correlación numérica de las facturas que a lo largo de la vinculación con Expofrut S.A. presentó y la ausencia de correlación de las mismas, llegando en algunos casos a una diferencia de más de 90 facturas entre un mes y otro.

Que prestaba servicios para su parte durante tres días a la semana y en una jornada que no excedía las dos horas por día, dedicando el resto del tiempo a realizar sus emprendimientos para las distintas empresas con las que tenía y tiene contrato. Nunca estuvo sujeto a dependencia alguna y simplemente se le pidió, y para ello fue contratado, que brindara al personal el asesoramiento profesional adecuado para la realización de las tareas en el gimnasio, para de esta forma evitar lesiones por un mal uso de los aparatos.

Agrega que resulta ilógico que el actor, kinesiólogo reconocido en la región, sometiera sus decisiones profesionales a las directivas de personal alguno de Expofrut S.A. en la forma de realización de sus tareas, las que por otro lado nada tienen que ver con la actividad comercial que desarrolla. Ello demuestra la independencia absoluta con la que se desenvolvía el actor.

La realidad indica que no hubo inscripción de la documentación laboral y sí el otorgamiento de recibos por honorarios a la luz de los deberes propios de su título habilitante, lo que insinúa que entre las partes se concertaron servicios profesionales de manera independiente.

Que el actor durante todos los años que perduró la vinculación nunca reclamó que se regularice su situación, citando jurisprudencia de la CSJN al respecto.

La mera coordinación de horarios, la habitualidad, la supervisión de las autoridades de la empresa -no el dictado de órdenes- no respaldan en el caso la figura laboral pretendida por el actor, lo que conlleva también a la inexistencia de dependencia jurídica.

Que no puede decirse que la subordinación jurídica resulte de que la empresa se haya reservado el derecho de indicar los servicios que necesitaba o el hecho de convenir los horarios y días. Tampoco se observa en el caso otro de los elementos de la subordinación jurídica, esto es el poder disciplinario.

Agrega que el comprobante de inscripción por ante la AFIP, del que surge que el alta se produjo en el año 1995, evidencia aún más la inexistencia de relación laboral. Además, del comprobante se extrae que el actor se encuentra inscripto bajo el régimen de ganancias personales, siendo en consecuencia sus ingresos muy superiores a los que

podía obtener del contrato y que a la época de inscripción debió tener una facturación superior a \$ 72.000. Asimismo, que en dicho instrumento se observa otro elemento más y él es que el actor se encuentra registrado como empleador, lo que demuestra su funcionamiento como profesional independiente y empresario.

Señala que el actor presta servicios de kinesiología para distintas empresas de la zona, tales como Prevención ART S.A., CNA ART, Horizonte ART, Mafre ART y para el IPROSS con quien tiene un importante contrato de prestación de servicios en toda la Provincia, los que de no contar con una empresa y/o personal a su cargo no podría realizar.

Asimismo, manifiesta que el actor es socio del Instituto de Rehabilitación ITOR, donde trabaja gran parte del día, prestando servicio a clientes individuales, con una absoluta independencia técnica, jurídica y económica.

Concluye que el actor no es un trabajador subordinado sino que se trata de un empresario independiente, que ejerce funciones de organización y dirección típicas de un profesional autónomo, con absoluta prescindencia de la organización para la cual le presta servicios, manejando su negocio y su profesión de acuerdo a sus conocimientos específicos, asumiendo el pleno control y los riesgos que su desempeño empresarial le acarrea, pagando los sueldos, las cargas y generando trabajo para su empresa.

Niega la dedicación full time alegada por el actor ya que fuera de los horarios en los que asistía al gimnasio era prácticamente imposible contar con él, haciéndose cargo de la atención del personal los distintos colaboradores que también prestaban sus servicios para la empresa.

Finalmente, considera que no resultan de aplicación al caso los arts.1º y 2º de la ley 25.323 y el art. 80 de la LCT por no haber existido relación laboral.

Ofrece pruebas y solicita que oportunamente se rechace la demanda, con costas.

A fs.106/107 obra el acta de la audiencia de conciliación en la que consta la presencia de los letrados apoderados de las partes, la imposibilidad de arribar a conciliación alguna, el decreto de apertura a prueba y la fecha de la audiencia de vista de causa.

A fs.126, 137, 138, 152/156 obran informes de Horizonte ART, del Sanatorio Juan XXIII, Anses y AFIP, respectivamente.

A fs. 157 luce el acta de la audiencia de vista de causa, en la que consta la presencia del actor, la de su letrada, la del letrado apoderado de la demandada, el desistimiento por parte de la accionada de la absolución de posiciones del actor, la declaración testimonial de Pablo Caffé, Federico Molina y José Fabian Nuñez, la resolución del Tribunal de

darse por suficientemente informado no siendo necesaria la declaración de los restantes testigos presentes, la incorporación a la causa del informe de la AFIP, la falta de exhibición por parte de la demandada de la instrumental que le fuera oportunamente requerida, la petición de la actora que se hagan efectivos los apercibimientos de los arts. 42 de la Ley 1.504 y 388 del CPCyC., la caducidad de la prueba no incorporada hasta ese momento, la producción de los alegatos y el pase de los AUTOS al ACUERDO para dictar sentencia.

II.- CONSIDERANDO: Corresponde a continuación fijar los hechos que considero acreditados, apreciando en conciencia las pruebas producidas, conforme lo establece el art. 53 inc.1º de la Ley 1.504.

En la audiencia de vista de causa, Pablo Caffé (testigo de la demandada) declaró que conoce al actor y que trabaja para la demandada. Relata que en el año 2002 fue al gimnasio particular del actor que estaba ubicado en la calle Neuquén y Canalito (Isidro Lobo) de esta ciudad. Después Boglio fue contratado en Expofrut. El testigo afirma que es gerente de recursos humanos de Expofrut y lleva aproximadamente 10 años trabajando; ingresó en mayo de 2001. El directorio de la empresa decidió instalar un gimnasio interno para beneficio del personal. Se convocó al actor para que se hiciera cargo de ese gimnasio y también de los profesores. Aclara que Fabián Nuñez (gerente de compras) se ocupó de convocar al actor y de comprar las maquinarias del gimnasio a sugerencia de Boglio. El lugar estaba establecido ya en la empresa y de acuerdo a éste se compraron las máquinas y otros elementos que sugirió el actor. El contrato fue confeccionado por la Dra. María Laura Rodríguez. El actor propuso a dos colaboradores y les diagramó el horario. El gimnasio tenía un horario pautado; era lunes, miércoles y viernes, por la mañana 2 hs., de 7 a 9; al medio día, tres veces por semana de 12 a 14 hs. y por la tarde todos los días de lunes a viernes de 17 a 20 hs.. Los sábados y domingos no funcionaba. Nunca se dio instrucciones al actor respecto de la tarea específica, pero el área de recursos humanos le informaba acerca de la aptitud física de los usuarios de acuerdo a los certificados médicos que contaba. Nunca fue sancionado disciplinariamente el actor; jamás entendió el testigo que tuviera esa potestad. No recuerda que haya habido inconvenientes. El actor sugería los profesores y a su vez Expofrut firmaba los contratos con ellos. Se definía un monto mensual y el actor disponía cuánto quedaba para él y cuánto para los profesores y en función de ello se suscribían los contratos. Boglio venía los lunes, miércoles y viernes por la mañana y el resto estaba cubierto por los restantes profesores. Los recibos eran firmados por los

profesores; no les pagaba el actor. Cada profesor extendía su factura. Hubo profesores que estuvieron poco tiempo y el actor les pagó. Concurría al gimnasio el personal que trabajaba en el predio de la administración central de la empresa. Nunca se planteó la cuestión referida a si el actor podía decidir a quién dar clases de gimnasia y a quien no. Esta situación nunca se planteó. No tenía facultades el actor para dar clases a personas ajenas a la empresa. Tampoco los empleados podían llevar a sus hijos . No tenía que avisar cuándo se tomaba las vacaciones, ello se arreglaba con el resto de los profesores. No tenía que pedir autorización. Al final de la vinculación, lo convoqué a mi oficina para comunicarle que se estaban haciendo achiques de gastos y que el gimnasio se iba a usar sin profesores. El gimnasio pudo seguir funcionando sin profesores pero no es lo ideal. Agrega que tenía no más de 3 contactos con el actor durante todo un año. Nunca pidió que se lo registrara. No había ningún seguro por riesgos en el gimnasio. No recuerda los nombres del staff de profesores, aunque sí el de Silvana Montanari. El servicio recibido era tomado como un pago a proveedores. El testigo, Juliani Nares y Karina Garabito, en representación de la empresa, tuvimos trato con el actor. No había obligación de fichar pero la guardia de la entrada registra todos los ingresos y egresos. No se controla el horario de la gente porque el horario es flexible. El gimnasio fue instalado como un beneficio para el personal. Podía hacerse reemplazar el actor, si era algo extenso se hacía un contrato, sino no. Los contratos eran normalmente anuales. El actor avisaba que venía otro profesor por poquito tiempo. Se trató de reemplazos cortos de dos semanas o un mes como máximo. Agrega que no recuerda si tuvieron un reemplazo de un mes.

A su turno Federico Molina (testigo de la demandada), declaró que: conoce al actor a partir del momento en que empezó a trabajar en Expofrut. Cuando se forma el gimnasio en Expofrut, su novia que estaba trabajando en dicha empresa le comentó la posibilidad de trabajar en el proyecto. El testigo es entrenador personal. Agrega que conoció al actor a partir del primer contacto que mantuvieron para incorporarse al gimnasio, aproximadamente en el año 2000. Aclara que tenían que facturar. El testigo estuvo hasta que le rescindieron el contrato el año pasado. Cuando empezaba el año, se firmaban los contratos por una extensión de un año. Pero cuando finalizó la vinculación no fue a fin de año, sino que la empresa hizo uso de la cláusula de rescisión. El testigo entrenaba al presidente y al vicepresidente de la empresa. Considera que la empresa le quedó debiendo dinero. Que al principio trabajó con el actor en el gimnasio de Expofrut donde lo conoció, pero luego surgió la posibilidad de trabajar en el gimnasio particular del

actor. Cuando comenzó a trabajar en el gimnasio de Expofrut, el actor le dio las directivas de cómo hacer el trabajo. Luego, la forma de diagramar la rutina de cada usuario lo decidía el testigo, es decir, quedaba a su criterio. Agrega el testigo que su horario de trabajo era de 17 a 21 hs., de lunes a viernes y era el responsable del gimnasio en ese horario. Aclara que él no era un asistente del actor. El testigo tenía una pauta de trabajo y los usuarios del servicio era la gente de planta permanente que trabajaba en la empresa. Todas las pautas de trabajo las tenía como propias. Generalmente éramos tres personas las que estábamos a cargo del gimnasio, uno en cada turno, cubriéndose todos los horarios. Se ponían de acuerdo y diagramaban las vacaciones; se coordinaban para que estuvieran cubiertos los tres turnos. La extensión de las vacaciones dependía de las posibilidades de cada uno. El testigo se tomaba 5 días en el año de vacaciones. Al actor lo veía como el coordinador y, además, porque así lo decía el contrato; tenía que acatar órdenes del coordinador. El contrato que suscribía anualmente era con Expofrut y le pagaba Expofrut. El testigo era el que estaba más horas en el gimnasio. Aclara que el valor de la hora era igualitario para todos los profesores. Agrega que el actor les informaba de cuánto iban a ganar en el contrato próximo a suscribir. Con Expofrut no discutió las cláusulas del contrato, si le gustaba lo firmaba y sino no. El testigo estaba inscripto como monotributista y le facturaba a Expofrut por el dinero recibido a cambio de su trabajo. Trabajó con el actor, además, en SIC y en ITOR y en la actualidad tiene su propio gimnasio con habilitación comercial. Tanto en SIC como en ITOR trabajó en negro; no había ni contrato ni facturación. Tuvo un conflicto laboral en ITOR; hizo un reclamo con un abogado y llegaron a un arreglo extrajudicial con la Dra. Espeche, pero quedaron en buenas relaciones. Cuando Boglio se desvinculó de la demandada, Expofrut le pidió si podía cubrir las horas del actor, lo que fue aceptado por su parte. Continuó trabajando medio mes más hasta que le rescindieron el contrato. La demandada le pagó esos días. Consideró un buen gesto de Expofrut el avisarle de que iban a rescindir el contrato. La comunicación se la hicieron desde el área de recursos humanos.

Finalmente José Fabian Nuñez (testigo del actor) declaró que: Trabajó para la demandada hasta el 2006 como gerente de materiales y suministros. Conoce al actor desde antes que él comenzara a trabajar en Expofrut. El actor tenía un consultorio denominado CIC e iban con Caffè a ese consultorio. Luego el testigo concurría al gimnasio en Expofrut; había sufrido una fractura y parte de la rehabilitación la hizo en el gimnasio. Renunció a Expofrut, llegó a un acuerdo económico en su momento. No

tiene reclamos. Agrega, que el actor es, además, entrenador de un club de rugby donde jugaron sus chicos. En una oportunidad surgió en Expofrut la posibilidad de instalar un gimnasio para beneficio de los empleados. Fernando Prieto que trabajaba en Expofrut y que conocía al actor, lo llevó. El actor participó y asesoró sobre las máquinas que debían adquirirse para instalarlas en el gimnasio. A partir de ese momento se lo nombró coordinador. El actor sugirió y acercó profesores a Expofrut, los que a su vez tuvieron una relación directa con la empresa. Silvana Molina y el actor fueron los profesores en su momento. Cada una de esas personas cubría un turno. Se iban compensando entre ellos. El referente del gimnasio era el actor y a quien se le daban instrucciones era al actor. Por ejemplo, en temas relacionados con las máquinas. Asimismo, el actor le sugería a la empresa lo que debía hacerse. Si había algún inconveniente con los otros profesores, los canalizaba él. Con el profesor Federico Molina hubo problemas. Una vez apareció la puerta del gimnasio rota y lo habían visto a Molina maltratándola. Hubo un llamado de atención y seguramente una suspensión a Molina. Era un ruido permanente Molina. Cuando ocurrió esto, se lo llamó al actor para que le hiciera un llamado de atención a Molina. El testigo, en un primer momento, hizo la rehabilitación con el actor, pero con posterioridad la hizo indistintamente con los otros profesores. El profesor a cargo del turno hacía cada rutina. Cada profesor tenía su contrato individual con Expofrut. Agrega que le consta que Expofrut ha convocado al actor para tratar cuestiones de gestión relacionadas con el gimnasio.

De toda la prueba incorporada a la causa extraigo las siguientes conclusiones: 1. Que Expofrut S.A. -empresa dedicada a la actividad frutícola- decidió la instalación de un gimnasio dentro del predio donde funciona su administración central, para beneficio del personal que trabajaba en el mismo; 2. Para ello contrató los servicios de Miguel Boglio -kinesiólogo- a partir del mes de enero de 2003, quien asesoró a la empresa, en el inicio, respecto de las maquinarias y/o aparatos y/o elementos que debían comprarse para la instalación del gimnasio; 3. El gimnasio tenía un horario pautado en la semana; los lunes, miércoles y viernes de 7 hs. a 9 hs y de 12 a 14 hs; y por la tarde todos los días de lunes a viernes de 17 a 20 hs.; 4. El actor proponía a los restantes profesores y les diagramaba el horario con lo que se evidencia que era el referente del gimnasio y el que coordinaba la prestación del servicio. La canalización de las comunicaciones se enlaza en este orden: Expofrut S.A. - Boglio - Profesores. 5. El actor cumplía efectivamente el turno de 7 a 9 hs durante los días lunes, miércoles y viernes. 6. Los restantes profesores cubrían los demás turnos y si bien debían aceptar las decisiones de coordinación

dispuestas por Boglio, la vinculación jurídica era directamente con Expofrut S.A., con quien suscribían los contratos de locación de servicios anuales. 7. Si bien Boglio era el coordinador del servicio y tenía facultades para sugerir la forma de trabajo, cada profesor diagramaba las rutinas con los distintos usuarios. 8. Ni Boglio ni los demás profesores tenían facultades para no atender a los empleados usuarios de la empresa; tampoco para atender a personas ajenas a Expofrut S.A.. 9. Si bien no debían requerir autorización para tomarse vacaciones, lo cierto, es que debían coordinarse a los fines de la normal prestación del servicio en los distintos turnos.

Conforme a lo expuesto, considero que medió entre las partes una relación laboral, pues la nota de la subordinación se observa nítidamente al menos en dos aspectos, la jurídica y la económica.

La subordinación jurídica importa el derecho del empleador a dar instrucciones y órdenes y la correlativa obligación del trabajador de acatarlas.

Altamira Gigena, en su obra "Ley de Contrato de Trabajo", T. I, pág. 225 dice que: "...La facultad o potestad enunciada posee una doble dimensión de actuación, caracterizada por: facultad de organización (art. 64 LCT), consistente en la posibilidad de disponer lo que debe hacerse; y, la facultad de dirección (arts. 65, 66 y 67 LCT) que es el atributo del principal de regular cómo habrán de efectuarse las tareas. En una palabra, la subordinación jurídica se proyecta con las facultades de organización y dirección...".

Cabe destacar, al respecto, que dicha nota se acreditó en autos, fundamentalmente con los seis contratos suscriptos que lucen a fs.16/25 y que no fueron desconocidos por la demandada. En ellos se expresa claramente la tarea que debía cumplir el actor y la facultad de la demandada de dar instrucciones, de verificarla y controlarla. En efecto, la cláusula primera de dichos contratos dice que: "...El LOCADOR prestará a LA LOCATARIA el servicio profesional de instructor en gimnasio. Dicho servicio comprende la realización de todo lo necesario para la prestación de las siguientes tareas en las instalaciones del gimnasio de LA LOCADORA: a) Coodinación de las actividades a desarrollar en el gimnasio con seguimiento profesional de los usuarios del gimnasio. b) Coordinar las tareas de los otros profesionales que prestan el servicio. c) Trabajo personalizado en función de las necesidades de cada usuario. d) Confección de ficha personal en la que se registrará el trabajo a realizar en función del grupo muscular a ejercitar, con determinación de cantidad de peso, series y número de repeticiones. e) Planificación de trabajos "Posturales" con el fin de prevenir lesiones y mejorar algún

déficit en postura corporal. f) Realización de Test personales con el fin de renovar la evolución muscular. El servicio será prestado durante los siguientes días y horarios: durante los días lunes, miércoles y viernes en el horario de 12 a 15 hs., más el tiempo que le insuma las actividades de coordinador...".

Por su parte, la cláusula segunda señala que: "EL LOCADOR se obliga a observar en el cumplimiento de su prestación del servicio los usos y costumbres imperantes en la actividad, utilizar toda pericia, conocimiento y celo en el cumplimiento de sus servicios y en especial con las instrucciones que reciba de la LOCATARIA. LA LOCATARIA no impartirá órdenes al LOCADOR, pero podrá dar instrucciones, realizar el seguimiento, control y verificación de las tareas, la calidad del trabajo a realizar, así como todo aquello que crea conveniente para una buena prestación del servicio...".

Asimismo, también se acreditó en autos la subordinación económica, pues por la tarea profesional que desarrollaba y para la cual fue contratado el actor, recibía una contraprestación económica que estaba integrada por una suma fija mensual pactada anualmente.

En la misma obra citada, en la página 228, se señala que la subordinación económica puede abordarse desde dos vertientes: "...Por un lado, puede sostenerse que implica que el trabajador depende para su propia subsistencia y la de su familia del producto de su esfuerzo, representado por la percepción de la contraprestación dineraria que expresa el salario. Por el otro, puede afirmarse también, con igual validez -y a veces bajo la denominación de la ajénidad de los riesgos- que el trabajador no sigue la suerte o los riesgos del empleador, es decir no participa del álea que existe en la actividad comercial o industrial, tal como acontece con los miembros de una sociedad...".

Cabe agregar, que en el caso, se observa claramente que Boglio no asumía riesgo empresarial alguno por el trabajo que prestaba. En efecto, todo el equipamiento del gimnasio (maquinarias, aparatos y elementos) era de propiedad de Expofrut S.A.; no era responsable de los desperfectos técnicos del equipamiento, ni de su desgaste; tampoco de su recambio. No asumía costos de energía, calefacción, etc.. Su retribución no dependía de la cantidad de usuarios del gimnasio, ya que era fija, independientemente del éxito o fracaso del gimnasio que había sido implementado por Expofrut S.A. para beneficio de sus dependientes del área de la administración central.

El hecho de que Boglio emitiera factura por los pagos mensuales recibidos, no desnaturaliza el vínculo mantenido ni el carácter remuneratorio de las sumas percibidas, pues siempre estamos en presencia de una contraprestación recibida por los trabajos

efectuados en forma personal e infungible.

Al respecto, la jurisprudencia ha entendido que: "...Subrayo que la circunstancia de que el médico percibiera honorarios en la medida que atendiera pacientes de la empresa, no le quita su carácter remuneratorio, toda vez que este tipo de salario, tal como lo precisa el art. 104 LCT, puede ser considerado como una retribución por rendimiento, circunstancia que lo hace esencialmente variable y subordinado al resultado que aquí obtenga, pero sin perder su carácter salarial..." (CNTrab, Sala X, diciembre 31-1996, "Greco, Héctor c/Consultas S.A. y Otro", DT, 1997-B, 2037).

Cabe agregar, que en el vínculo mantenido por las partes no se observa la subordinación técnica, que es la obligación del empleado de someterse al modo de realización de la tarea de acuerdo a las instrucciones que reciba de su empleador, pero ello es lo que de sólo sucede cuando la empresa contrata a un profesional universitario para desarrollar tareas de incumbencia de su profesión y no por ello deja de ser relación laboral.

En la obra citada, pág. 228, se señala que: "...Tratándose, p. ej., de profesionales universitarios, resulta difícil concebirlos sometidos a órdenes e indicaciones de carácter técnico, sobre todo en aquellas materias en que, por su especialidad, constituyen el objeto del contrato. Cuando mayor es el grado de profesionalidad de la prestación, menor es -y a veces puede desaparecer- el grado de dependencia técnica del trabajador. La subordinación varía de intensidad, pasando de un máximo a un mínimo, según la naturaleza de la prestación y en particular, a medida que el trabajo prevalentemente material se pasa al trabajo predominantemente intelectual. La nota que no puede estar ausente en el contrato de trabajo es la subordinación jurídica, pues el trabajador está sujeto a las directivas del empleador y a su poder dispositivo..."

Pero, además de lo expuesto, lo que refuerza la conclusión de que verdaderamente existió una relación laboral entre las partes, lo constituye el hecho de que por las características en que se desarrolló el vínculo, el actor, en una tarea accesoria a la actividad principal pero vinculada a la salud o bienestar físico de sus operarios administrativos, integraba uno de los compartimentos de la estructura de la empresa, toda vez que existía un gimnasio en las instalaciones de ésta, con elementos que adquirió a sugerencia del actor, debía concurrir a dicho gimnasio determinados días a la semana y con una carga horaria y tenía su vez la tarea de coordinar a los restantes profesores, quien ello no obstante mantenían un vínculo contractual con la misma empresa, no con el actor.

No escapa a la consideración del suscripto que la actividad principal de la demandada es

la frutícola en sus diversas etapas y que el actor no estaba integrado al proceso productivo, pero lo cierto, es que decidió la instalación de un gimnasio dentro de su predio para beneficio de sus operarios, formando parte de la estructura de la empresa.

Juan Carlos Fernández Madrid, en su obra "Tratado Práctico de Derecho del Trabajo, 3° Ed., T. I, pág. 791, señala que: "...Si el médico está obligado a concurrir en días y horas determinadas a la empresa que lo ha contratado para atender a sus trabajadores (o al sindicato para atender a sus afiliados), cabe admitir que ello importa una colaboración continuada en los fines perseguidos por la empresa y la sujeción de la voluntad del profesional, a las necesidades de la misma..."

Se ha entendido también que: "...La continuidad de la prestación del profesional mediante su retribución periódica y convencional, aun sin sometimientos a horarios y desempeñándose en el domicilio del requirente del servicio, implica la obligatoriedad del mismo y una situación de disponibilidad en favor del empleador, que configura un verdadero contrato de trabajo..." (CNTrab, Sala I, marzo 20-989 Clur, Luis c/ Estado Nacional, DT, 1990-A, 1167; T y SS, 1990-330).

La demandada basa su defensa en que la relación mantenida entre las partes se encuadró dentro de la figura de la locación de servicios, descartando de pleno la existencia de una relación laboral.

Pero ello resulta equivocado, pues el actor -tal como se señaló- estaba ligado a la organización de la empresa, trabajaba por cuenta de ésta, recibiendo instrucciones -conforme surge de la cláusula segunda de los contratos suscriptos a la que ya hice referencia-, no soportaba el riesgo empresarial y la prestación la efectuaba personalmente no pudiendo hacerse reemplazar.

Jorge Rodríguez Mancini, en su obra "Ley de Contrato de Trabajo", T. II, pág. 25 y siguientes, nos ilustra acerca de ciertos rasgos diferentes que nos permitan concluir cuándo estamos en presencia de una locación de servicios y cuándo en una relación laboral. En efecto, señala que: "...En la locación de servicios y eventualmente la locación de obra se pueden destacar algunos elementos diferenciadores que radican, sustancialmente, en la ausencia de una clara incorporación a la organización empresarial que caracteriza al contrato de trabajo. Sobre esto no es preciso que se presente el caso típico de la empresa industrial, comercial o de servicios de complejidad más o menos importante, ya que aún en los casos de empresas de menor envergadura ese aspecto de la incorporación a la organización se puede igualmente detectar a través del comportamiento de quien realiza actos, ejecuta obras o presta servicios el dato relevante

a que me estoy refiriendo. Es clásico que en la locación de servicios el prestador conserva la autonomía suficiente para no quedar ligado a esa organización y lo mismo sucede con la locación de obra reservando para sí la capacidad de resolver sobre el cómo y el cuándo, y a veces hasta el dónde, cumplir con la obligación contraída, sea esta un servicio o una obra ... Glosando el trabajo coordinado por SUPIOT en el informe para la Comisión Europea sobre 'Trabajo y empleo. Transformaciones del trabajo y futuro del Derecho del Trabajo en Europa', se prestará atención a que el trabajo haya sido realizado personalmente por el reclamante quien estará dispuesto para realizarlo en el futuro, con cierta permanencia y cierta -aunque no necesariamente siempre- exclusividad, con sometimiento a las órdenes o al control de la otra parte en lo que se refiere al método, el lugar y el tiempo de trabajo, utilizando medios de trabajo aportados por la otra parte, recibiendo remuneración ... Es útil igualmente la caracterización opuesta, o sea la del trabajador autónomo para elaborar un juicio más completo. En este sentido los criterios básicos que se utilizan en nuestro medio no son diferentes de los que reinan en otras latitudes. LYON CAEN -quien explica los criterios utilizados por la jurisprudencia francesa- los estudia y básicamente requieren un enunciado negativo o contrario a los que dibujan la relación subordinada. Menciona: 1) no estar integrado a un servicio organizado; 2) trabaja por su cuenta y soporta los riesgos; 3) efectúa personalmente la prestación pero se puede hacer reemplazar.....".

Otro de los argumentos utilizados por la accionada para negar la naturaleza laboral del vínculo mantenido por el actor, fue que Boglio también trabajaba para otras empresas como en el caso de la firma, brindando el mismo servicio. Pero también ello resulta equivocado, pues la exclusividad no es una nota tipificante para la existencia de una relación laboral, si se dan las otras circunstancias que ya he señalado y a las que me remito.

Se ha entendido que: "...No es la exclusividad una nota típica del contrato de trabajo y mucho menos en una profesión liberal, si no se la convino. Por ello, si el actor se desempeñó para la demandada haciendo trámites y contemporáneamente seguía sus causas particulares, ello no impide considerar que entre las partes existió una relación de trabajo..." (CNTrab, Sala IV, septiembre 11-992, Alconada, Julio c/Kamar S.A., SD, 68.076).

Finalmente, la demandada basa su defensa en que el actor es un empresario independiente, que ejerce funciones de organización y dirección típicas de un profesional autónomo, con absoluta prescindencia de la organización para la cual le

presta servicios, manejando su negocio y su profesión de acuerdo a sus conocimientos específicos, asumiendo el pleno control y los riesgos que su desempeño empresarial le acarrea, pagando los sueldos, las cargas y generando trabajo para su empresa.

Ello resulta equivocado al menos en cuanto a la relación mantenida con Expofrut S.A., no sólo por los fundamentos expuestos en párrafos anteriores y que resultan suficientes para demostrar su error, sino también, porque el actor no encuadra dentro de la definición del art. 5 de la LCT.. En efecto, dicho artículo define tanto al "empresario" como a la "empresa", señalando con respecto al primero que es aquel que dirige la empresa por sí o por medio de otras personas con el cual se relacionan jerárquicamente los trabajadores y a la "empresa" como la organización instrumental de medios personales, materiales e inmateriales ordenados bajo una dirección para el logro de fines económicos o benéficos.

En el presente caso, el actor no contaba con medios materiales porque el gimnasio era de propiedad de la demandada y además estaba ubicado en un predio de la accionada y tampoco contaba con medios personales porque no contaba con empleados dentro del gimnasio, ya que -como se observó- los restantes profesores estaban relacionados jurídicamente de modo directo con Expofrut a través de sus respectivos contratos.

En otras palabras, el actor no era "empresario" porque no contaba con una "empresa". El "empresario" fue Expofrut S.A. que fue quien contó siempre con el poder de dirección y organización y decidió la instalación del gimnasio, y luego de un tiempo decidió el cierre del mismo o la desvinculación de los profesores contratados que trabajaban en el mismo.

2. Fecha de ingreso, remuneración y extinción de la relación laboral.

En cuanto a la fecha de ingreso, el actor denunció haber comenzado a trabajar el día 20 de enero de 2003, siendo reconocido este hecho por la demandada en la contestación de demanda, lo que me releva de comentarios al respecto. No obstante ello, la fecha señalada coincide con la indicada en el contrato adjuntado a fs. 16/17 y concuerda con el recibo de fs. 47.

Respecto de la remuneración percibida, el actor manifestó que en el último período ascendió a la suma de \$ 2.124 y si bien la accionada no negó categóricamente este hecho, con lo que bastaría para tenerla por cierta, el importe de marras surge corroborado por el contrato adjuntado a fs.24/25 y con los recibos de fs. 63 vta. a 65 vta..

Con relación a la extinción de la relación laboral, el actor manifiesta que se produjo el

23 de junio de 2.009, fecha en que comunicó por telegrama su decisión de considerarse despedido. Al respecto, sostengo que no fue esa fecha la de la ruptura del vínculo, sino que la extinción se produjo el día 13 de junio de 2.009 por decisión de Expofrut S.A.. En efecto, el actor remitió telegrama de fecha 9 de junio de 2.009 (fs. 3) por el que intimó a la demandada a que en el plazo de 2 días le indiquen si le darían o no trabajo. La demandada respondió por misiva de fecha 13 de junio de 2.009, negando la naturaleza del vínculo invocada y además, señalando expresamente que: "...A partir de la fecha queda rescindido el contrato de locación de servicio oportunamente suscripto entre las partes conforme a lo estipulado en la cláusula quinta del presente. Queda Ud. debidamente notificado...".

Que habiéndose extinguido el vínculo de trabajo sin causa, corresponde hacer lugar a los rubros preaviso e indemnización por antigüedad reclamados, en virtud de lo dispuesto por los arts. 231, 232 y 245 de la LCT., respectivamente.

Con relación al sueldo anual complementario de los años 2.008 y 2.009, también corresponde hacer lugar al reclamo, en virtud de los arts. 121, 122 y 123 de la LCT. y Ley 23.041.

Resulta admisible el incremento indemnizatorio previsto por el art. 1 de la Ley 25.323, toda vez que al momento de la extinción de la relación laboral, la misma no estaba registrada.

Respecto del incremento indemnizatorio establecido por el art. 2 de la Ley 25323, cabe destacar, que luego de la ruptura del vínculo de trabajo (13 de junio de 2.009), el actor intimó por telegrama de fecha 29 de enero de 2.010 (fs. 6) a que se le abone "...la indemnización y la liquidación final que por ley me corresponde, ello bajo apercibimiento de reclamar el incremento establecido en el art. 2º de la Ley 25.353...". Que habiéndose cumplido, entonces, con los requisitos de admisibilidad previstos en la norma de marras, corresponde hacer lugar a dicho rubro.

Finalmente, con relación a la multa del art. 80 de la LCT. reclamada, cabe señalar, que superado ampliamente el plazo de 30 días después del despido previsto por el art. 3 del Decreto n° 146/2001, el actor remitió telegrama de fecha 7 de agosto de 2.009, por el que intimó a la demandada a la entrega del certificado de trabajo, constancias documentadas de aportes y certificación de servicios, remuneraciones y cese (fs. 5), por lo que habiéndose cumplido con los requisitos exigidos por la norma, corresponde hacer lugar a este rubro.

LIQUIDACIÓN: La presente liquidación se practica al 29 de febrero de 2012. Se deja

constancia que en cuanto a los intereses que se aplican, se computan los de la tasa mixta (activa-pasiva) de Banco de la Nación Argentina conforme criterio STJRN en causa "Calfin c. Murchinson" hasta el 27-05-2010 y a partir del 28-05-2010 según lo dispuesto por el STJRN en "Loza Longo" dictado en 27-05-2010 los intereses de la tasa activa cartera general (préstamo) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina.

1. Preaviso.....	\$ 4.248	
2. Indemnización por antigüedad.....	\$ 14.868	
3. Indem. art. 1 L. 25.323.....	\$ 14.868	
4. Indem. art. 2 L. 25323.....	\$ 9.558	
5. Indem. art. 80 LCT.	\$ 6.372	
Sub-total.....	\$ 49.914	
-Intereses (47,79%).....	\$ 23.853,90	
-Sub-total.....	\$ 73.767,90.....	\$ 73.767,90
Sac. 1° cuota/08.....	\$ 885	
Intereses (61,34%).....	\$ 542,85	
Sac. 2° cuota/08.....	\$ 885	
Intereses (54,65%).....	\$ 483,65	
Sac. 1° cuota propor./09.....	\$ 961,70	
Intereses (47,79%).....	\$ 459,59	
Vacaciones prop. /2009.....	\$ 892,88	
Intereses (47,79%).....	\$ 426,70	
Sub. total.....	\$ 5.537,37.....	\$ 5.537,37
Total.....		\$ 79.305,27

Finalmente, corresponde hacer lugar al reclamo del Certificado de Trabajo y de la Certificación de Servicios, Remuneraciones y Cese, en virtud de lo dispuesto por el art. 80 de la LCT y art. 12 inc. g de la Ley 24.241, respectivamente.

TAL MI VOTO.-

El Dr.Diego Jorge Brogginini dijo: Que adhiero a la solución que propone el colega que me precede en el orden de votación, por compartir sus argumentos fácticos y razonamientos jurídicos.

No obstante considero útil, a fin de sumar argumentos, destacar las consecuencias que para el caso redundan de la presunción que impone el art.23 de la LCT, sobre la que las mismas partes se han explayado, bien que cada una desde la postura que consideró

ajustada a su visión del conflicto, pero cuyos resultados, ante la interpretación que se impone del instituto, se inclinan en definitiva por la naturaleza laboral del vínculo del modo que sostiene el actor.

En efecto, sobre la reconocida controversia en relación con las condiciones que activan la presunción, este Tribunal -de consuno con la doctrina legal del Superior Tribunal de Justicia-, se ha inclinado por la de carácter amplio, sostenida por Fernández Madrid, De la Fuente y García Martínez, entre otros, en cuya virtud la sola prestación de servicios hace suponer la existencia de un contrato de trabajo, quedando a cargo del beneficiario la prueba de que esos servicios tuvieron una causa distinta.

Con lo que frente a la comprobación de los servicios prestados, es el empleador quien debe probar que los mismos constituyen una excepción a la regla general, en la medida que la presunción opera como una norma de garantía para la aplicación del tipo imperativo, orientada a prevenir el fraude a la ley (cfr. "Chico, Ana María Alicia por sí y en rep. de sus hijos menores: C.A.S.; C.C.B; y C.M.F. c/ Antonarakis, Gustavo Ariel s/ reclamo (menores)" (Expte.Nº 2CT-23.458-10, Sentencia Definitiva del 9/3/2012, entre otros).

En el caso, no siendo desde el vamos materia controvertida la prestación de los servicios por parte de Boglio en el gimnasio montado por Expofrut S.A. en su propia sede administrativa y en beneficio exclusivo de sus dependientes, debió ésta aportar los elementos de convicción necesarios para desvirtuar la naturaleza laboral -posible como es bien sabido aun ante las particulares connotaciones de tareas prestadas por un profesional-, lo que decididamente no satisfizo.

Habida cuanta que de la prueba de la que intentó valerse -fundamentalmente testimonial- puede en todo caso extraerse la falta de subordinación técnica, mas no la ausencia de ajenidad y el riesgo empresario que caracterizan la prestación de un servicio que se brinda por cuenta propia y no en favor de otro, aun sin exclusividad, ya que no es ésta una nota típica del contrato de trabajo, todo ello conforme los argumentos sobre los que elocuentemente se exploya el Dr. Nelson Waletr Peña.

TAL MI VOTO

La Dra. Gabriela Gadano dijo: Que adhiero a la solución que proponen los colegas, por compartir sus argumentos fácticos y razonamientos jurídicos.

Por todo lo expuesto, la SALA II de la CAMARA del TRABAJO de la SEGUNDA CIRCUNSCRIPCION JUDICIAL, CON ASIENTO EN ESTA CIUDAD;

RESUELVE: I.- HACER LUGAR a la demanda deducida por MIGUEL ALBERTO

BOGLIO y en consecuencia condenar a EXPOFRUT S.A. a pagar al primero, en el plazo DIEZ (10) DIAS de notificada, la suma de PESOS SETENTA y NUEVE MIL TRESCIENTOS CINCO con VEINTISIETE CENTAVOS (\$ 79.305,27), en concepto de SAC. 1° y 2° cuota de 2008 y 1° prop./2.009, vacaciones proporcionales 2.009, preaviso, indemnización por antigüedad, incrementos indemnizatorios de los arts. 1 y 2 de la Ley 25.323 e indemnización del art. 80 de la LCT., importe que incluye intereses hasta el 31 de marzo de 2.012, habiéndose computado los intereses de la tasa mixta (activa-pasiva) de Banco de la Nación Argentina conforme criterio STJRN en causa "Calfin c. Murchinson" hasta el 27-05-2010 y a partir del 28-05-2010 según lo dispuesto por el STJRN en "Loza Longo" dictado en 27-05-2010 los intereses de la tasa activa cartera general (préstamo) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina, los que seguirán devengándose hasta el efectivo pago.

II.- Condenar a la demandada a hacer entrega al actor, dentro de los SESENTA (60) DIAS de notificada y mediante su depósito en autos, del Certificado de Trabajo (art. 80 LCT) y de la Certificación de Servicios, Remuneraciones y Cese (art. 12 inc. g de la Ley 24.241) de toda la relación laboral, bajo apercibimiento, en caso de incumplimiento, de aplicar a pedido de la parte actora una pena conminatoria (astreintes). Las certificaciones deberán contener las fechas de ingreso y egreso y jornada laboral que se especifican en los considerandos.

III.- Costas a cargo de la demandada, a cuyo fin se regulan los honorarios de los Dres. Julieta Berduc, Horacio Javier Caffaratti y Claudio Alejandro López, en calidad de apoderados y patrocinantes del actor, en la suma de \$ 15.544 en conjunto (m.b. \$ 79.305,27 x 14% + 40%) y los de los Dres. Joaquin Nicolas Garro y Néstor Hugo Reali, en calidad de apoderados y patrocinantes de la demandada, en la suma de \$ 13.323 (m.b. \$ 79.305,27 x 12% + 40%) (Arts. 6,7,9 y 39 Ley de Aranceles).

IV.- Los honorarios de los profesionales se han regulado teniéndose en cuenta el importe pecuniario del proceso, importancia de los trabajos realizados y calidad y extensión de los mismos.

V.- Una vez que se encuentre firme la presente sentencia, por secretaría practíquese planilla de impuestos; sellados y contribuciones la que deberá ser abonada por las demandadas condenadas en costas conforme lo dispuesto por la Ley 3234 y dentro del término de quince días de notificada la presente, bajo apercibimiento de lo dispuesto por el Código Fiscal.

VI.- Regístrese, notifíquese y cúmplase con Ley 869.

DRA.GABRIELA GADANO

Vocal de Trámite- Sala II

DR.NELSON WALTER PEÑA DR. DIEGO JORGE BROGGINI

Vocal - Sala II -Vocal -Sala II-

Ante mi: