

En la ciudad de San Carlos de Bariloche, Provincia de Río Negro, a los 8 días de mayo de 2018, reunidos en Acuerdo los Sres. Jueces de esta Cámara del Trabajo de la IIIª Circunscripción Judicial, Dres. Marina Venerandi, Rubén Marigo y Alejandra Paolino, luego de haberse impuesto individualmente de esta causa caratulada: "SOSA FRIAS, MARTIN EDUARDO C/ HOSPITAL PRIVADO REGIONAL DEL SUR S.A. S/ INDEMNIZACION POR DESPIDO", Exp. N° B191C1/16, iniciado el 25/10/2016. Habiéndose cumplido el procedimiento de deliberación previa, de lo que da fe el Actuario, el Tribunal se planteó la siguiente única cuestión: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?.-

---Practicado el sorteo, el orden de votación resultó ser el siguiente: primer votante, Dra. Marina Venerandi, segundo votante, Dr. Rubén Marigo y tercer votante, Dra. Alejandra Paolino.-

---A la cuestión planteada, la Dra. Marina Venerandi dijo:-

---I) Antecedentes:

---Se inician las presentes actuaciones con la demanda interpuesta por Martín Sosa Frias, contra el Hospital Privado Regional, a fin de que se lo condene al pago de la suma de \$ 1.482.615,10, con mas el accesorio de los intereses y las costas del juicio.

---Reclama el sueldo impago del mes de noviembre/15, sueldo días de diciembre/15 - con mas integración del sueldo de dicho mes del despido, vacaciones año 2.015, aguinaldos impagos de 2do semestre año 2.013, año 2.014 y año 2.015; indemnización por antigüedad, falta de preaviso, sac/ falta de preaviso, integración sueldo mes del despido, indemnización artículo 1º y 2º de la ley 25.323, indemnización artículo 80 de la LCT.

---Asimismo solicita se condene a la accionada a la entrega de los certificados de servicios y remuneraciones y certificados que acrediten el pago de aportes y contribuciones, y se fijen astreintes por cada día de demora en el cumplimiento de tal obligación. Incluye en su reclamo que para el supuesto que AFIP/ANSES acredite la falta de depósito de aportes, contribuciones y obra social, la indemnización normada por el art 132 bis de la LCT.

---Manifiesta que trabajó en relación de subordinación y dependencia para Hospital Privado Regional del Sur SA, en forma continua e ininterrumpida entre el 01 de Julio del año 2.000 hasta fecha 04 de Diciembre del año 2.015- como médico dependiente en la sala de terapia intensiva del hospital privado regional del sur; fecha en la cual se vio obligado a considerarse despedido.

---Refiere que en varios períodos prestó servicios como Jefe de la unidad de terapia, la que organizativamente, por mas que siempre tuviera un Jefe de terapia, dependía de las precisas ordenes e instrucciones que daba al respecto la administración del Hospital (los gerentes operativos) y el Director médico del Hospital Privado Regional .

---Laboraba de lunes a viernes de 8 horas a 14 horas y se le abonaba una remuneración fija por mes, en los últimos tiempos de \$23.000.

---Relata que empezó a trabajar para el Hospital Privado el 1-7-2000 como Jefe Terapia Intensiva. En el año 2012 debe renunciar para continuar trabajando no ya en relación de dependencia sino emitiendo facturas. Fue también médico de terapia, bajo las órdenes del Director Médico Mazzoleni. Atendía los pacientes derivados por el Sanatorio y con los elementos del mismo, refiere que no tenía relación con esos pacientes.

---Estuvo desde el 2000 al 2009 sin regularizar. Reemplazó a la Dra. Aguirre y era llamado por otros médicos cuando lo necesitaban.

---Luego de tener que entregar facturas cobraba por guardia cuando había mas trabajo. Destaca que la relación laboral era clara y que los días jueves atendía en su consultorio particular.

---Con el tiempo se le solicita sea consultor del Sanatorio del Sol.

---Transcurrido el intercambio telegráfico se produce el despido indirecto, en síntesis por el desconocimiento de la relación laboral en el segundo periodo.

---Practica liquidación y ofrece prueba.-

---Corrido el traslado de ley, comparece Hospital Regional del Sur SA, quien solicita se cite al Sanatorio del Sol en calidad de tercero. Luego contesta la demanda, negando los extremos de hecho en los que se basa la pretensión.

---Refiere que el actor trabajaba de manera autónoma tanto para ella como para el Sanatorio del Sol.

---Que la unidad de terapia intensiva del HPR SA y el Sanatorio del Sol es compartida por ambas instituciones. Trabajando el actor para ambos sanatorios en terapia. No recibía instrucciones. Manifiesta que la renuncia del actor se debió a que no podía recibir pagos del Sanatorio del Sol que atendía como dependiente del Hospital Privado. A Partir de ese momento dejó la exclusividad y dedicaba mas tiempo al Sanatorio del Sol. También trabajaba como médico en su consultorio. No cumplía horario ni ordenes. Si se establecían horarios y se organizaba el sector.

---Refiere que facturaba a los dos establecimientos. Que firmó contrato y que por tal motivo no puede ir contra sus propios actos.

---En tanto que la presentación de la renuncia del actor, la celebración y suscripción de contratos de locación de servicios, la emisión de facturas, la inscripción en la AFIP como profesional independiente con el consiguiente pago de los impuestos que ello importa, los cuales también eran solventados por él y su silencio, la toma de decisiones de manera inconsulta como las fechas de goce de las vacaciones, hacen incurrir al actor en la denominada "teoría de los actos propios"

---La voluntad de contratación ajena al ámbito laboral fue decidida de manera voluntaria por el actor. A punto tal que se le obligaba a contratar de manera independiente un seguro de responsabilidad médica, que contrataba y abonaba de su bolsillo.-

---Refiere que la circunstancia de que se pactara un monto fijo mensual, responde a que el accionante debía prestar sus servicios determinada cantidad de horas de manera independiente a la cantidad de pacientes que hubiera.

---Que no existió debilidad en la contratación, ni vicio alguno de la voluntad que le impidiera conocer aquello que estaba firmando y sus consecuencias coherentes posteriores (emisión de facturas, pago de impuestos como autónomo, suscripción de nuevos contratos).

--- Sosa Frias compartía los pacientes internados en UTI de Del Sol y de Hospital Privado Regional, a quienes prestaba sus servicios de manera paralela.

---En relación a la causal de autodespido refiere que resulta absoluta y temerariamente falsa, por cuanto conforme se ha manifestado y acreditado, la demandada no guardó silencio ante el reclamo del actor sino todo lo contrario. Tampoco contesto de manera tardía. Su despido fue apresurado, ya que no hay relación laboral.-

---El actor que a toda costa quería mantener su despido, ratifica el autodespido y manifiesta de manera errónea que la contestación resultaba extemporánea, lo que configura un claro y evidente error, manifestando que ratifica el autodespido ante su silencio, lo cual es falso.

---En relación a la multa del art. 80 indica que no puede prosperar en atención a que el actor no prestaba tareas en relación de subordinación y dependencia para el HPR SA. Frente a la intimación del actor procedió a manifestar que emitiría la certificación de servicios en relación al período en que efectivamente trabajó en relación de dependencia.

---Como la actora no compareció a percibirlo, se procedió a depositar en el Ministerio de Trabajo, conforme surge de la constancia acompañada.-

---Es por ello que no existe incumplimiento de su parte, ante la inexistencia de intimación según los recaudos de ley, debiéndose rechazar el reclamo, con costas.

--- En lo que respecta al art. 2 de la Ley 25.323, la parte actora no se vió obligada a dar inicio a la presente acción judicial. Contrariamente a lo sostenido y conforme lo detallado anteriormente, la parte actora se consideró despedida de manera apresurada y contraria a derecho.

---Luego manifiesta que tampoco corresponde la multa requerida a tenor del art. 1 de la Ley 25.323 por cuanto el actor no se encontraba en relación de dependencia con su parte, conforme lo expuesto, la renuncia efectuada y la suscripción del contrato de prestación de servicios profesionales que acompaña como prueba.

---No corresponde tampoco la indemnización por despido, preaviso SAC y vacaciones reclamadas, en función de los antecedentes narrados.

---A fs. 169/70 se rechaza la citación del tercero realizada por la demandada.

---Abierta la causa a prueba se produjo la agregada al expediente, se celebró la audiencia de vista de causa, alegó la parte actora y quedaron los autos en condiciones de recibir sentencia.-

---II) Los hechos:

---Conforme lo dispuesto por el inc. 1ero. del art. 53 de la ley 1.504, habré de referirme en primer término a las cuestiones de hecho que -relevantes para la resolución de la litis- considero probadas y las que no.-

---Así, de la prueba producida surge lo siguiente:

Oficiatoria: A fs. 208 OSFATLYF pagó prestaciones a Hospital Privado. Fs. 211 y ss salarios, Convenio. A fs. 242 reconocimiento Dr. Romero de nota remitida al actor como jefe de Terapia intensiva. A fs. 258 Colegio Médico indica que el Hospital Regional no factura terapia. A fs. 261 IOSFA informa pagos de la demandada correspondiente a Terapia. A fs. 346 oficio Ministerio Salud Río Negro. Sanatorio del Sol informa que terapia está habilitada a nombre del actor quien se encuentra como adscripto en el listado de fs. 274.

---Testimonial:

---Carlos Chilo: médico terapia intensiva de 8/2010 a principios 2015, horario 12 hs hasta las 20, de lunes a viernes mas guardias miércoles y viernes de 20 a 8 hs y domingo 24 hs "...estábamos todos iguales incluso Sosa Frias. Sosa, Parra y la Dra Estrella. Sosa Coordinaba Terapia y la gerencia a cargo Dr. Mazoleni. Se compartía el lugar con el Sol pero cada uno tenia sus médicos y enfermeros. Sosa era del Hospital Privado. Tenía

Vacaciones pagas (dos semanas)...". El testigo era monotributista, las guardias se pagaban aparte. "...Las órdenes la daba el Dr. Romero... había siete camas. Sosa no manejaba recursos humanos. Solo lo hacían Romero y Gerencia..." "...Le pedían a Mazzoleni, encarecidamente que coordinara con el Sol que no tenían coordinador. Atendía consultas de pacientes del Sol en forma esporádica...." Luego en el 2015 "...en el Sol solo estaba Martin y un médico terapeuta. Siempre atendía Sosa- Compartía el mismo horario de 16 a 20 hs. Las vacaciones las organizaba gerencia. Sosa resolvía dudas del Sol. Las dos empresas siguen juntas..."

Maria Victoria Capurro: "...concurría a terapia cada quince días una vez por mes al Sol, le pagaban como monotributista en el 2008...". "...Las guardias eran tanto en el HPR como en el Sol. En 2008 estaban los Dres. Sosa Y Fuselli de 8 a 20 hs o de 20 a 8 hs..." La testigo cubrió a veces al actor pidiendo permiso al Sol. "...Las guardias se compartían un médico para ambos sanatorios...". Indica la existencia de 7 camas y luego una ampliación a tres más. Manifiesta que el Dr. Romero estaba para consultas médicas, la testigo revisaba pacientes. "...Antes del 2011 Sosa no atendía pacientes del Sol. En el 2015 se separa todo y cada uno de los sanatorios tiene lo suyo. EL hospital Regional captaba mas Paciente..."

--- La testigo refiere que le pedía ayuda a Sosa por ejemplo para intubar pacientes. y que sabe que el actor "... ha estado solo en Terapia lo que es muy complejo.... y que estaba solo por el HPR...."

Jalil: "...gerente del HPR desde marzo del 2017 y antes del Sanatorio del SOL desde 1992. Sosa era el referente por lo menos a la mañana, desconozco con el HPR. Para el Sol desde 2012..."

Parra: Comenzó sa trabajar junto a Sosa. Haciendo Guardias semanales y el actor era jefe de terapia intensiva. Cobraban del HPR. Habitualmente estaba de mañana. Estaba Fuselli, Chilo y Membibre hacía guardias para el HPR. "...En un primer tiempo trabajaban juntos con el SOL Desde el punto de vista económico se hacían guardias para las dos instituciones. En su momento compartían seguro ambas empresas..." el testigo indica que le pagaban mitad y mitad. "...Los sábados iban los jefes, también Sosa aunque no en forma permanente.... Sosa era jefe de terapia del HPR y creo que también del Sol cuando se quedaron sin jefe.... Tenía consultorio pero por eso facturaba directo... Los médicos trabajaban para las dos instituciones... Estuvo como Jefe de cuatro a cinco años.... Hace dos o tres años se separaron las instituciones pero compartían las guardias.... Lo he visto entubar pacientes del Sanatorio del Sol..."

---La decisión:

---Se encuentra reconocido por las partes que hasta el año 2012 el actor prestó servicios en relación de dependencia.

---La cuestión a resolver es si a partir de esa fecha fue trabajador autónomo o en relación de dependencia.

---En principio de los testimonios brindados, surge que el actor continuó prestando servicios para la demandada y también para Sanatorio del Sol, como ya lo venía haciendo dado la relación de ambas empresas, hasta que las mismas se enfrentan. Ahora bien, no surge que el actor haya pactado la exclusividad con el HPR, la que siguió gozando de sus servicios como jefe de Terapia recibiendo órdenes por ejemplo del Dr. Romero, conforme reconociera a fs. 242 el 6 de mayo del 2014. ---Esas indicaciones son típicas de una subordinación técnica, y jurídica. Por otra parte la subordinación económica surge de las facturas acompañadas en autos, lo que prueba su regularidad.

--- Fuera de dichas características propias de la relación laboral es evidente que además el trabajador se encuentra inserto en la organización empresaria de la demandada y que su accionar esta fuera del riesgo empresario lo que ratifica su relación de dependencia.

--- Independientemente de la denominación del contrato de fs. 113, el principio de primacía de la realidad propio del fuero - art 62, 63, 12, 14, ss LCT- aporta datos que ratifican la relación de dependencia sostenida por el actor al indicar por ejemplo en la cláusula segunda: "...que el profesional prestará dichos servicios como jefe del servicio de la Unidad de Terapia Intensiva con una carga horaria semanal de 40 hs. de lunes a viernes..." , conforme las necesidades de la empresa. Y se pacta un salario fijo (ver cláusula tercera).

--- De manera alguna conforme la presunción del art. 23 LCT la demandada acreditó una modificación fundamental de la relación laboral anterior al 2012, pese a la variante de que el trabajador pudiera prestar servicios para otra empresa dado que de manera alguna se pactó la exclusividad ni siquiera en el contrato que acompañara en el responde. Mas aun la relación entre ambas empresas de salud tanto con anterioridad como con posterioridad al 2012, conforme además demostraron los testigos, era por lo menos de colaboración mutua en el sistema de terapia, en el mismo lugar y establecimiento, en especial con relación al actor.

---Entiendo que no existe duda sobre la existencia de la relación laboral sostenida por el trabajador, por lo que no es necesario recurrir al art. 9 LCT.

--- El hecho de que el actor tuviese su consultorio privado como varios profesionales no

es obstáculo para la existencia de la relación laboral dado que ese trabajo era facturado directamente a las obra sociales por el Dr. Sosa.

--- DESPIDO INDIRECTO: del intercambio telegráfico surge que el actor el 30 de noviembre del 2015 intima conforme texto de fs 9. El 4 de diciembre se considera despedido en forma indirecta ante la falta de contestación. La demandada niega las circunstancias sostenidas por el trabajador en especial la existencia de relación laboral. Pese a ello en forma contradictoria indica que procederá a inscribir la relación conforme sus registros o los antecedentes en su poder. Esto luego de ejercido el despido indirecto, pero lo importante es la negativa de la relación laboral que se reitera por ejemplo con posterioridad en el telegrama de fs. 20, donde indica que la prestación de servicios fue hasta el 1 de abril del 2012 y con posterioridad fue "independiente". Si bien la demandada recibió la intimación el día 4, lo importante es la negativa de la relación laboral lo que a su criterio justifica el despido indirecto.

---En cuanto a la pretensión económica: es procedente la remuneración de noviembre del 2015, y las correspondientes a las indemnizaciones derivadas del despido indirecto y por lo tanto las de los arts. 231 a 233, 245, vacaciones aguinaldos LCT tomando como remuneración la percibida de \$ 23.000 no habiéndose acreditado la procedencia de una remuneración mayor.

---Asimismo procede las indemnizaciones: a) del art 80 LCT dado la falta de entrega del certificado de trabajo oportunamente intimado por el actor a fs 25/26.- b) del art 1 L 25.323 dado la no registración de la relación laboral por el periodo reconocido en la presente resolución

---La demandada deberá en el pazo de 15 días de quedar firme extender certificado del art 80 LCT por el periodo de la relación laboral reconocido en el fallo bajo apercibimiento de aplicar astreintes por cada día de retraso.

---Con relación a la multa del art. 2 de la L 25.323, propongo su rechazo, atento las especiales circunstancias del caso en tanto se controvierte la naturaleza jurídica del vínculo establecido entre las partes.

---En este sentido debe tenerse en cuenta la jurisprudencia del STJ en cuanto que la aplicación de esta multa no es automática, si no que el juez tiene la facultad de morigerarla o dejarla sin efecto. Así se dijo en la causa "TELLEZ, MARIA S. C/ VIA BARILOCHE S.A. S/ SUMARIO (I) M 1829/10 S/ INAPLICABILIDAD DE LEY" (Expte. N° 26509/13-STJ) en cuanto a que: "si no fuera posible distinguir ninguna situación, y el solo hecho de que prosperaran las indemnizaciones derivadas del despido

se convirtiera en motivo suficiente para acarrear automáticamente -como un todo inescindible- el agravamiento del art. 2 de la Ley 25323, entonces se llegaría a un resultado que consagraría una modificación de la tarifa legal del despido, lo que no se condice con la finalidad que inspira la norma, que no ha sido otra que desalentar las conductas obstruccionistas o meramente dilatorias de los empleadores que se traducen en la reticencia a abonar aquello que deben, pero no castigar aquellos otros supuestos en los que no se advierte

que la resistencia opuesta por la accionada haya superado el límite del legítimo ejercicio del derecho de defensa en juicio (doctr. de este STJ in re: "ORTIZ", Se. N° 92 del 13.09.06; "OVALLE SILVA", Se. N° 117 del 27.11.06).-

---En relación a la multa del art. 132 bis, deberá ser rechazada toda vez que no hubo retención de sumas correspondientes a aportes.

---Las sumas reconocerán un interés que deberá ser calculado a la tasa Banco Nación Argentina para préstamos personales libre destino, en operaciones de 49 a 60 meses, desde el 23/11/15 hasta el 31/08/2016; y la misma tasa pero en operaciones de hasta 36 meses, desde el 01/09/2016 en adelante, hasta el efectivo pago (cf. STJRNS1, "LOZA LONGO", Se 43/10; STJRNS3, "JEREZ", Se 105/15 y "GUICHAQUEO", Se 76/16).

---Hágase saber a la actora que deberá practicar liquidación en el plazo de 10 días de notificada la presente, siguiendo los parámetros aquí indicados. Siempre los valores base serán las de \$ 23.000 mensuales.

---Las costas serán impuestas a la demandada vencida en relación a los rubros y montos considerados procedentes.

--- Las costas en relación al rechazo de la multa art. 2 Ley 25.323 y art. 132 bis LCT se imponen en el orden causado, atento que la actora pudo creerse con derecho a reclamar tal como lo hizo.

---Diférase la regulación de honorarios para cuando exista base para ello.

---Mi voto.

---A la cuestión planteada los Dres. Rubén Marigo y Alejandra Paolina dijeron:

---Adherimos al voto que antecede.

---Por todo lo expuesto, la Cámara Primera del Trabajo de la IIIa. Circunscripción Judicial, RESUELVE:

---I) HACER LUGAR parcialmente a la demanda y condenar a Hospital Privado Regional S.A. a abonar al actor, Martín Sosa Frias la suma que resulte de la liquidación que dentro de los diez días de notificada la presente, deberá practicar la actora siguiendo

los parámetros indicados en los considerandos.

---II) COSTAS a la parte accionada vencida.

---III) RECHAZAR parcialmente la demanda en cuanto reclama la multa del art. 2 de la ley 25.323, y la del art. 132 bis LCT, por los motivos expuestos en los considerandos.

---IV) COSTAS en el orden causado, atento que la actora pudo creerse con derecho a reclamar tal como lo hizo.

---V) DIFERIR la regulación de honorarios para cuando exista base para ello.

---VI) REGISTRESE, protocolícese, notifíquese. Oportunamente archívese.-

RUBÉN MARIGO MARINA E. VENERANDI ALEJANDRA PAOLINO

Juez de Cámara Presidente Jueza de Cámara

Ante mi:

María José Di Blasi

Secretaria