

En la ciudad de San Carlos de Bariloche, Provincia de Río Negro, a los 5 de abril de 2017, reunidos en Acuerdo los Sres. Jueces de esta Cámara del Trabajo de la IIIª Circunscripción Judicial, Dres. Rubén Marigo Marina Venerandi y Juan Lagomarsino, luego de haberse impuesto individualmente de esta causa caratulada: "KISSNER, Iván E. C/ DESIGN SUITES S.A. S/ INDEMNIZACION POR DESPIDO (CL)", Exp. N° 26334/15, iniciado el 05/05/2015. 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, Dr. Rubén Marigo; segundo votante, Dra. Marina Venerandi, y tercer votante, Dr. Juan Lagomarsino.-

---A la cuestión planteada, el Dr. Rubén Marigo dijo:

---I) Antecedentes:

---a) Pretensión actora: A fs. 41 ss. la Dra. Irene Da Silva Evora, en representación del Sr. IVAN KISSNER promueve demanda laboral, contra la firma DESIGN SUITES SA, solicitando se las condene al pago de la suma de \$ 262.474,50 más intereses y costas conforme a los siguientes argumentos:

---1- La actora fue contratado el 16 de octubre del 2013 por la demandada sin registrar para prestar como encargado servicios de vgilancia, dentro del predio del establecimiento.-

-- Debía registrarse a las 19 hs en recepción retirando el libro de actas con las novedades de cada día, si era una cuestión grave debía informarse a la Sra Ladariaga, Sandra Bartho, Valeria Márquez por mail o teléfono corporativo.-

---Se le requirió inscribirse como monotributista para tomarlo, lo que hizo inmediatamente. Asimismo se le solicitó buscara otra persona a su criterio para cubrir el horario completo o sea de 19 a 7 hs.- Ese horario lo realizó el Sr. Larroza que trabajaba en Prefectura Naval Argentina y cubrió el horario de 19 a 23 hs mientras el actor lo hacía de 23 a 7 hs. Al renunciar el Sr. Larroza el actor cubrió su horario. Detalla como se le solicitó tomara otras dos personas a quien debía pagar con dinero que le entregaba la empresa.- Cada trabajador al iniciar la tarea pasaba por recepción y recibía un Handy. Luego de la recorrida obligatoria y terminado el turno devolvía además el libro de novedades a recepción. El actor hacía el mismo procedimiento a partir de las 23 hs a 7 hs.-

--- Agrega que la demandada trataba de que el actor pareciera como responsable del

sector pese a que el trabajo era organizado por la empresa, la que impartía instrucciones y diagramaba el recorrido otorgando incluso el handy para el trabajo. Esta actitud que considera fraudulenta la apoya en jurisprudencia del Tribunal y en los arts 12 a 14 LCT. En cuanto al pago reitera que el actor daba factura recibiendo un cheque no a la orden por su sueldo y sus compañeros de trabajo. Primero fueron de \$ 12.000 y luego de \$ 15.600.- Detalla la forma de pago. Todas las facturas eran a nombre de la accionada.-

--- Narra una discusión con un compañero de trabajo el Sr. Sanchez por el reclamo de ropa de trabajo lo que en definitiva motivo que remitiera este trabajador una carta documento a la demandada- Esta impuso al actor que se hiciera cargo del reclamo y también que con referencia al Sr. Maximilano Salazar..-

--- Con posterioridad se le requirió conformara una sociedad iniciando los trámites ante el contador Pafumi.-

--- El Sr. Sanchez solicitó una audiencia de conciliación a la que el actor concurrió con su potencial socio el Sr Schuster. La empresa pretendió que el actor se hiciera cargo del reclamo lo que no aceptó el trabajador por el monto solicitado reaccionando la Encargada de Recursos humanos diciéndole que si no arreglaba no cobraría octubre. Esta discusión y su continuación, fuera de la audiencia de conciliación, fue presenciada por el Sr. Schuster.-

--- El trabajador reclamó su registración laboral el 27-11-14 por carta documento y el pago de los haberes adeudados y pago aportes previsionales como a los conceptos que surgen de la intimación que transcribe. Asimismo remitió copia al AFIP. La empleadora no contestó esta intimación y al presentarse a su trabajo había otro personal perteneciente a la firma "Sin Fronteras SRL", ante lo cual el 4-12-14 se considera despedido atento el silencio a su intimación anterior, reclamando las indemnizaciones derivadas del despido incausado liquidación final y multas de la ley 24.013. Asimismo reclama el certificado de trabajo art 80 LCT. La demandada con fecha 15-12-12 niega la relación laboral, lo que a su vez es rechazado por la actora. Describe la totalidad del intercambio telegráfico quedando clara la postura en relación a la existencia o no de la relación laboral.-

--- Practica liquidación, funda en derecho y ofrece prueba.-

---b) Contestación demanda: Luego de las notificaciones de rigor a fs. 100 y ss. se presentan el Dr. Adrián Brussino en representación de la demandada DESIGN SUITES SA solicitando el rechazo de la misma conforme los siguientes argumentos:

---a) Luego de una detallada negativa de los hechos sostenidos en el escrito inicial

argumenta que luego de varios robos sufridos se contrato servicio de vigilancia adicional de la Policía de la Provincia de Río Negro y luego lo reemplazó por el servicio ofrecido por los Sres. Aldo Larroza e Ivan Kissner.-

---Los nombrados mandaron presupuesto vía mail presentándose como empresarios de seguridad, donde indican que proveen el personal, los elementos de trabajo. Luego de evaluar otros presupuestos se los contrató.- Describe de que manera se comunicaban con la empresa y como un tiempo después lo hacía el actor dado que su socio cubriría otro objetivo que sería el Establecimiento El Hostelito.-

--- Argumenta que se presentaron como empresa de seguridad y de esa manera se comportaron en su objetivo comercial. El cambio del actor se debe al reclamo del Sr. Paulino Sanchez destacando en tal sentido la respuesta del actor al Sr. Sanchez en la que reconoce la existencia de la sociedad de hecho para servicios de vigilancia, como mail del actor en relación al reclamo y el ajuste del presupuesto por el servicio y a la existencia en el tema de sus letradas. Asimismo dice que es extraño que no haya citado a los Sr. Larroza y Sanchez en su favor como testigos. Tampoco acompaña el telegrama remitido al Sr. Salazar del 14-10-14 donde indica que era su socio.-

--- En definitiva su argumento es la inexistencia de la relación laboral siendo el actor un claro empresario invocando de mala fe ahora una relación laboral citando jurisprudencia en tal sentido.- Ofrece prueba, funda en derecho.-

--- A fs. 115 la actora contesta traslado sobre la documental del responde y solicita prueba testimonial. A fs. 117 y ss se ordena la prueba ofrecida. A fs. 173, 222, 298, 317, 3243, 364, se realizan sucesivas audiencias de vista de causa, en la última se concede plazo para alegar, haciéndolo la actora a Fs. 365 y ss, y la demandada a Fs. 371 y ss.- quedando los autos en condiciones de resolver.-

---Los Hechos:

---a) Conforme lo dispuesto en el art 53 inciso primero de la ley 1504 teniendo en cuenta la traba de la Litis, el análisis de la prueba ofrecida, se referirá a las cuestiones planteadas y cuales se encuentran probadas y las que no.

---A los efectos indicados tratará como fundamental el siguiente punto: La relación contractual entre las partes se tipifica o no en los arts 21, 22 ss LCT?

---Se tendrá en cuenta los siguientes medios probatorios:

--- 1) Documental: la acompañada por las partes y la agregada por oficio: Fs. 125 Hostelito SRL informa que la empresa K &L prestó servicios desde diciembre del 2013 a marzo del 2014. Fs. 153. Policía informa que son auténticas las facturas acompañadas

por servicios adicionales en el establecimiento demandado. Fs. 164 facturas acompañadas por Hostelito SRL. Fs. 176 y 225 ss informe Correo Argentino, sobre telegramas acompañados en autos y a Fs. 195 y ss los remitidos por el actor a Hugo Sanchez, argumentando una sociedad de hecho. Fs. 197 y ss. Banco HSBC con movimientos caja de ahorro y de cheques de la demandada extendidos no a la orden del actor.- Fs. 211 informe del Contador Pafumi, Fs 219 Afip informa inscripción del actor como monotributista el 24 de julio del 2013 y baja 31 de octubre del 2014.

--- 2) Testimonial: en las sucesivas audiencias de vista de causa declararon resumidamente y conforme refleja el respaldo de la grabación efectuada: DIEGO FAMA; Auditor de la empresa y conserje igual horario que el actor. realizaba rondas chequeaba aberturas iba diariamente de 23 a 7 hs. El libro de novedades estaba en recepción. Se le indicaba cuales eran las tareas se llevaba un Handy y una campera del Hotel. SANDRA BARTH no se cruzaba con el actor. No se celebró contrato se probó el presupuesto que le llegó por mail luego se presentó el Sr. Larrosa para firmarlo y convalidarlo el era el empresario luego del presentó al actor como el socio. Que se solicitaron presupuesto a varias agencias. Si cambiaban el personal mandaban un mail. La testigo le pagaba al actor. El libro de novedades estaba en recepción pero no sabe que contenía. No se solicitaba antecedentes de las agencias. Larrosa o el actor pagaban a los demás.- SERGIO SCHUSTER: reemplazó al actor ocho días Nadie le pagó no reclamó nada. Kissner le pre

---En el alegato la actora reitera que la figura utilizada era fraudulenta. Que el actor era encargado autorizado a tomar auxiliares. Que no reúnen requisitos para funcionar como empresa de seguridad. Que fue un montaje para ocultar la relación laboral- Todo ello ratificado por la falta de solvencia del trabajador para formar una sociedad, no tenía oficina, no tenía autorización, no tenía clientela etc. Por su parte la demandada sostiene que el acto había armado una empresa, que era un prestador de servicios independiente y autónomo.-

--- 3 Confesional: De Laura Madariaga: que indica que la facturación se le requiere a todos los proveedores. En la aclaración a la segunda posición las facturas que presentaban no eran correctas y se le propuso formar una sociedad.

---Fue necesario realizar un detalle de la prueba dado que la cuestión a resolver tiene aristas que llevan a considerar debidamente la postura de las partes como la disposiciones de orden público propias del derecho del trabajo.-

--- b) Analizada la prueba lógica y razonadamente tengo por acreditado la prestación de

servicios del actor para la accionada lo que es reconocido por ambas partes discutiéndose la figura legal de la contratación. En ese sentido entiendo que es aplicable en autos las disposiciones del art 23 LCT y dado que se ha acreditado la prestación de servicios se encuentra a cargo de la empleadora acreditar la existencia de una figura extra laboral siendo en tal sentido partidario de la teoría amplia sostenida entre otros por Fernandez Madrid y De La Fuente, como de importante jurisprudencia:

---"La presunción del art. 23 de la LCT opera igualmente aun cuando se utilicen, como en el caso, figuras no laborales, para caracterizar el contrato, y en tanto que por las circunstancias no sea dado calificar de empresario a quien presta el servicio toda vez que, más allá de la apariencia que le haya dado la empleadora a la relación que uniera a las partes, en materia de derecho del trabajo lo que cuenta es la verdadera situación creada, sin que importe el nombre que las partes le hayan dado. Corresponde al juzgador determinar, en base a los hechos que considera probados, la naturaleza jurídica del vínculo, sin que la apariencia real disimule la realidad. CNAT Sala IV Expte N° 20.837 Sent. Def. N° 95.890 del 11/11/2011 "Gómez, Antelo Luis Adrián c/ Endemol Argentina S.A. y otro s/accidente – ley especial". (Guisado – Pinto Varela)

--- Esta presunción legal debe ser analizada en conjunto con unos de los principios fundamentales del Derecho de trabajo que es de la primacía de la realidad.-

--- El art. 23 establece: "El hecho de la prestación de servicios hace presumir la existencia de un contrato de trabajo, salvo que por las circunstancias, las relaciones o causas que lo motiven se demostrase lo contrario. Esa presunción operará igualmente aún 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".-

---Teniendo en cuenta lo expresado entiendo que no se demostró en autos que el actor fuera un empresario, como sostiene el demandado al trabar la litis, no solo por carecer de una organización propia, adecuado respaldo económico sino por el hecho mismo de que no podía realizar la actividad de empresa de vigilancia sin tener la autorización para ello conforme lo dispone la ley 3608, careciendo además de habilitación, etc.-

--- Este dato de la necesidad de que la empresa de seguridad debe tener debida autorización no puede ser desconocida por la demandada la que con anterioridad no dudó en contratar los servicios adicionales de la Policía de Río Negro para lo cual está legalmente habilitada.-

--- Por otra parte los montos que mensualmente percibía el trabajador conforme la prueba oficiatoria -197 y ss- desde el mes de marzo de 2014 a septiembre del mismo

año ascendía a \$ 15.600 mensuales coincidentes con los cheques de fs. 203 a 210.- A julio del 2014 un Vigilador principal - conforme la escala del convenio 507/07 - cobraba julio del 2014 \$8.370 sin considerar antigüedad y horas nocturnas.- (ver página web <http://www.upsra.org.ar/>) Si eran dos o tres trabajadores la suma percibida no alcanzaba a cubrir mínimamente los salarios, aportes, contribuciones sociales, etc y, por lo tanto para mantener una empresa o ser un empresario en los términos del art. 5 de la LCT. Es evidente que esos montos tienen carácter alimentario propio de la relación laboral subordinada.- La situación económica incluso surge de la información del contador Pafumi.-

--- De la declaración de los testigos surge con claridad que la actividad efectuada por el actor era de vigilancia necesaria por las particularidades del predio que ya había contado con la misma.- El hecho de que se les suministrara ropa , libro de novedades, Handy, que se le solicitara a los efectos de la facturación la formación de una sociedad demuestra que en lo que realidad existía era una relación laboral en la cual el trabajador y sus compañeros de vigilancia, cumplían horario diario en forma personal, percibían una remuneración fija sin asumir riesgo alguno salvo cumplir con sus obligaciones e insertos en la organización empresarial.-

----El actor inicia sus actividades - conforme facturas de fs 14 y ss - el 17 de octubre del 2013 habiendo iniciado la relación con la demandada el día anterior conforme la demanda y el reconocimiento de los contactos entre las partes del responde desde el 3 de septiembre -fs. 105-. De las mismas facturas surge la periodicidad del cobro y los montos como que su mayoría son efectuadas a nombre de la demandada. Su baja como monotributista conforme indica AFIP es coincidente con la desvinculación de la demandada.- Esta situación corroborada por los testigos e incluso en la absolución de posiciones demuestra que la exigencia de la empresa para formar una sociedad en una acción fraudulenta tendiente a marginar la relación laboral.-

--- La inscripción o no del trabajador como monotributista no es un obstáculo para considerarlo trabajador dependiente analizado además la situación como ya indicara a la luz del principio de la primacía de la realidad que prescinde de las formas y hace prevalecer lo que efectivamente acontece. Más aun un locador de servicios, de obra, mandatario y mucho menos un empresario se integran o insertan en la empresa como lo hizo el actor.-

--- La disposiciones del art 12, 14, ss LCT son de plena aplicación en autos y por lo tanto todos los elementos acompañados en la acción para encubrir la relación laboral no

serán considerados.-

--- Con relación al resto de los trabajadores no lo cataloga de auxiliares sino que al igual que el trabajador eran dependientes de la accionada utilizando al actor para su contacto y pago marginado todas las relación laborales del personal de vigilancia.- La declaración de Larrosa analizada ut supra, entre otras ratifica lo dicho.

--- Por todo lo expuesto propone se haga lugar al despido indirecto ejercido por la actora atento existir entre las partes un contrato de trabajo en los términos de los arts. 21, 22 ss LCT. En subsidio y en caso de haber tenido alguna duda, lo que no ocurrió conforme la prueba analizada, es de aplicación el art. 9LCT.

-- c) Reclamo económico: Analizada la pretensión de fs. 50 vuelta son procedentes los haberes adeudados, liquidación final e indemnizaciones derivadas del despido. Con referencia a la marginación laboral procede la indemnización del art. 8 L. 24.013 dado las piezas telegráficas de fs. 3 y 4 y las del art. 15 atento que la causal del despido indirecto está íntimamente ligada con la marginación laboral. --- Con referencia a la indemnización del art. 2 L 25.323 propone hacer lugar a la misma atento que la demandada se encuentra debidamente intimada conforme surge de fs. 10 y y no encontrando motivo alguno, dada la figura fraudulenta utilizada, para eximir de la multa. En cuanto a la indemnización del art. 45 L 25345 que se refiere a la multa del art. 80 LCT la actora intimó la entrega con fecha 4 de diciembre del 2014 y 22 de diciembre -fs. 5 y 7-. La accionada contestó que no tenía obligación de hacerlo por la inexistencia de la relación laboral. La multa procede dado que no es necesario una espera de trei

--- Las sumas indicadas reconocerán, un interés mensual desde la mora -12 de diciembre 2014 -y hasta su efectivo, conforme doctrina del STJRN en los autos " Jerez" y " Guichaqueo" pudiendo utilizar a dichos efectos la fórmula de cálculo publicada en la página web del Poder Judicial de Río Negro practicándose provisoriamente en autos hasta el 30 de marzo del 2017.-

Fecha Desde Fecha Hasta Días Transcurridos Mix/activa/bna(jerez)/guichaqueo

(Diaria) Interés Devengado

12/12/2014 22/11/2015 346 0.069 % 62208.96

23/11/2015 31/08/2016 283 0.1 % 74280.14

01/09/2016 03/04/2017 214 0.129 % 72271.34

Total Intereses: 208760.44

Monto Base: \$262474.00

Monto Base + Total Intereses: \$471234.44

---III-LA DECISION

---Por todo lo expuesto propongo 1-HACER lugar parcialmente a la demanda iniciada por el Sr. IVAN KISSNER, condenando a la firma DESIGN SUITES SA al pago de la suma de \$ 471.234,44 -capital e intereses al 3 de abril del 2017- en concepto de haberes adeudados, liquidación final, indemnizaciones derivadas del despido injustificado, multas del art 8 y 15 L. 24013, multa del art 2 de la ley 25.323 y art. 80 LCT conforme los considerandos que anteceden.-

---2-COSTAS Atento el resultado del pleito las mismas serán a cargo de la demandada vencida -art 68 CPCC-. Se regulan los honorarios de la letrada de la actora Dra. Irene Da Silva Évora en la suma de \$ 92.361,95 (14+40%), y los del letrado de la demandada Dr. Adrián Brussino en la suma de \$ 72.570 (11+40%) (art.6 a 9, 40 ss LA; M. Base \$ 471.234.44).- EL condenado en costas deberá asumir los importes correspondientes al IVA de los letrados intervinientes en caso de corresponder.-

---Los montos de condena deberán ser abonados al quedar firme la presente.-

---Mi voto.

---A la misma cuestión planteada, los Dres. Marina Venerandi y Juan A. Lagomarsino dijeron:

---Adherimos al voto que antecede.

---Por todo lo expuesto, la Cámara 1ra del Trabajo de la IIIª Circunscripción Judicial, RESUELVE:

---I) HACER LUGAR parcialmente a la demanda y condenar a Design Suites SA. a abonar al actor Ivan Kissner la suma de \$ 471.234,44 (pesos cuatrocientos setenta y un mil doscientos treinta y cuatro con cuarenta y cuatro ctvs.) en concepto de haberes adeudados, liquidación final, indemnizaciones derivadas del despido injustificado, multas del art 8 y 15 L. 24013, multa del art 2 de la ley 25.323 y art. 80 LCT e intereses al 3-4-2017; la que deberá ser abonada dentro de los diez días de notificada la presente.-

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

---III) REGULAR los honorarios de la letrada Dra. Irene Da Silva Evora por la parte actora, en la suma de \$ 92.361,95 (14% + 40%), y los del letrado Dr. Adrian Brussino, por la parte demandada, en la suma de \$ 72.570.-(11% + 40%) de conf. arts. 6, 7, 8, 9 y c.c. de la L.A., la que deberá ser abonada dentro del mismo término que el monto de capital de condena (monto base de la regulación: \$ 471.234,44). Todo ello, con más el IVA correspondiente a los letrados responsables inscriptos en dicho tributo, debiendo

acreditar en tal caso su condición con la constancia pertinente.-

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

MARINA E. VENERANDI RUBEN MARIGO JUAN A. LAGOMARSINO Jueza de
Cámara Presidente Juez de Cámara

Ante Mi:

Maria Jose Di Blasi

Secretaria