

En la ciudad de San Carlos de Bariloche, Provincia de Río Negro, a los 09 días del mes de Mayo de 2018, reunidos en Acuerdo los Sres. Jueces de esta Cámara Segunda del Trabajo de la IIIª Circunscripción Judicial, Dra. Alejandra M. Paolino y Dres. Jorge A. Serra y Carlos M. Cuellar, luego de haberse impuesto individualmente de esta causa caratulada: "MUÑOZ, JORGE DAVID C/ VIA BARILOCHE S.A. S/ INDEMNIZACION POR DESPIDO", Exp. N° B186C2/16, iniciado el 24/10/2016. Habiéndose cumplido el procedimiento de deliberación previa, de lo que da fe la Actuaría, 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. Carlos M. Cuellar; segunda votante, Dr. Alejandra M. Paolino, y tercer votante, Dr. Jorge A. Serra.-

---A la cuestión planteada, el Dr. Carlos M. Cuellar dijo:

---I) Antecedentes:

---Se presentó el Sr. Jorge David MUÑOZ promoviendo demanda por cobro de \$ 1.128.747.- más intereses.-

RELATÓ al efecto los hechos diciendo, en síntesis, que la relación laboral que mantuvo con la demandada transitó por tres etapas; durante la primera, desde el 10-8-2010 hasta el 29-4-2016, revistó como efectivo permanente de aquella pese a la interposición del Sr. Fuenzalida como hombre de paja o empleador aparente en vez de verdadero concesionario sin haberse registrado su situación; durante la segunda, con motivo del alejamiento del anterior concesionario referido, siguió prestando servicios para la demandada, pese a que ésta lo obligó a firmar un contrato como nuevo concesionario, evidenciándose los elementos de subordinación con aquella que hacen presumir una relación dependencial de tipo laboral (v.gr. exclusividad de la actividad, fijación unilateral de precios, pago de una suma promedio por sus servicios, medios de producción facilitados por la empresa, facilitación del local comercial y de los bienes muebles, reporte diario de las ventas, periodicidad de funcionamiento, resolución anticipada del vínculo

---Contestó VIA BARILOCHE S.A. pidiendo el expreso rechazo de la demanda.

Negó tanto los hechos invocados como la autenticidad de la prueba documental. Brindó una diferente versión fáctica diciendo, en resumen, que nunca hubo relación laboral; como no tiene sucursal en El Bolsón acordó con el Sr. Fuenzalida, un comerciante local, la asunción en forma independiente de la promoción y explotación de la venta de

pasajes de colectivos en dicha zona, contrato de agencia mediante, resultando tanto el actor como su hermano dependientes de aquél; debido a que dicha relación contractual terminó por voluntad del agenciero, de quien a su vez el actor se había desvinculado por renuncia, al tomar conocimiento de aquella circunstancia el propio Sr. MUÑOZ se contactó con la empresa y propuso, junto con su hermano, continuar la explotación comercial anterior, es decir la comercialización de pasajes en El Bolsón; fue así que lo relativo a las encomiendas quedó a cargo de su hermano y los pasajes a cargo del actor; por tal motivo, con fecha, 14-11-2014, se concretó un nuevo contrato de agencia, en co

---Abierta la causa a prueba (fs. 95 y vta.), se produjo la conducente, alegaron ambas partes sobre su mérito (fs. 176/181 y 182/189), se integró el Tribunal con el suscripto (fs. 190) y finalmente se pasó la causa al Acuerdo para dictar sentencia.

---II. Análisis y solución:

---Luego de haberme impuesto in extenso de los términos que signaran los escritos de composición del juicio, en función de la prueba reunida y con arreglo al derecho aplicable, estoy persuadido sobre la improcedencia de la demanda.

---Hechos admitidos y controvertidos.

---Por efecto de la dinámica procesal suscitada hubo quedado mutuamente reconocido que entre las partes existió una relación contractual con motivo y en ocasión de la comercialización de pasajes, actividad esta propia del giro comercial de la demandada, enmarcada en un contrato de agencia o concesión.

---La controversia se dio en cuanto a una supuesta distinta realidad subyacente ya que mientras, de un lado, el Sr. MUÑOZ invocó que de hecho hubo relación laboral en cambio VIA BARILOCHE, de otro, hizo lo propio pero respecto del señalado marco contractual.

---Apariencia jurídica "vis á vis" realidad ostensible.

---Adelanto desde ya, en lo esencial, cómo más allá de algunos pocos indicios por lo demás algo equívocos, que no llegan a conformar un cuadro presuncional ni serio ni grave ni cierto, no encuentro en efecto configurado un supuesto simulatorio y/o fraudulento de la LCT como alegara el Sr. MUÑOZ.

Doy plurales y dirimentes razones al respecto.

Indaguemos ante todo lo atinente a la simulación relativa, a simulación y acto jurídico indirecto, al acto simulado y al fiduciario y a la simulación y la interposición de personas para introyectar en toda su dimensión la cuestión motivo del juicio.

Según que exista o no un acto jurídico disimulado tras el acto aparente la simulación se

califica de relativa o de absoluta (art. 956 Código Civil de Vélez vigente al momento de suscitarse los hechos determinantes del caso). Se produce lo que la doctrina denomina la divergencia entre la intención práctica y la causa típica del negocio. El negocio simulado no se concluye entre las partes para realizar una causa típica sino que, en virtud del acuerdo simulatorio, existe otro negocio, lícito o ilícito, que se denomina disimulado u oculto, y es el que concreta, en realidad, la intención práctica de aquéllas (cf. Betti, O., "Teoría general del negocio jurídico", p. 294, cit. por Belluscio, A. y Zannoni, E., "Código Civil", T° 4, p. 402). En tal supuesto concurren dos actos: uno irreal o ficticio, que es el acto ostensible o simulado, y otro que es el serio o disimulado; pero entonces la inexistencia jurídica del acto simulado no se opone a la eficacia del acto disimulado, con tal que no haya en él violación de la

---La doctrina suele distinguir el acto o negocio simulado del indirecto haciendo notar que en el segundo el negocio es querido por las partes, aunque ellas lo realizan para alcanzar un resultado ulterior que excede -que es ajeno- a su función económica típica. En el acto jurídico indirecto los otorgantes logran satisfacer un interés que no es el propio de su función típica y en el acto simulado, en cambio, las partes no quieren en realidad sus efectos. El negocio indirecto no pretende provocar una creencia engañosa, sino ser el medio de un fin ulterior pues, se acude a un negocio real que por su medio permite satisfacer un resultado ulterior, la causa típica no agota el vínculo obligacional -negocio- que lleva a las partes a obligarse para un fin que la excede. Por eso quizás fuera más propio contraponer los negocios indirectos simulados a los indirectos reales. El negocio es indirecto pues diverge la posición que adopta la voluntad -determinación causal respecto a la causa o función del negocio- razón por la

---El acto jurídico fiduciario (del latín *fiduciae*: fe o confianza) es el celebrado para constituir o transmitir un derecho a quien, de acuerdo con la intención real de las partes, tiene que transmitirlo a su vez más tarde mediante otro acto o negocio a un tercero. Las partes del acto son el fiduciante y el fiduciario. Este acto implica, pues, un negocio real por medio del cual el fiduciante constituye o transmite un derecho al fiduciario, si bien esa constitución o transmisión está vinculada o afectada por la obligación del fiduciario de hacer un uso determinado del derecho mismo. El fiduciario tiene la obligación personal de usar el derecho adquirido sólo para aquél fin restringido que las partes quieren y, por tanto, para restituirlo eventualmente al constituyente o transmitente (fiduciante) o a terceras personas. La distinción pues entre negocio simulado y fiduciario es clara: en este segundo las partes quieren el negocio fiduciario en su

totalidad y su voluntad está dirigida justamente a la transferencia

---Precisamente uno de los casos en que la doctrina y la jurisprudencia han tenido que esforzarse por distinguir la simulación del negocio fiduciario como tal es el supuesto conocido como interposición fiduciaria de personas.

La ley incluye como un supuesto simulatorio la interposición de personas (art. 955 Cód. cit.) que puede darse en tres casos, que tienen en común la actuación de una persona para ocultar a quien hace una enajenación o a quien será el verdadero o definitivo titular del derecho transmitido a través del negocio: a) la convención de testamento: definida como la simulación realizada por intervención de un tercero que aparentemente toma el lugar de una parte en el contrato, es decir un contratante fingido y/o imaginario en lugar y detrás del cual está el verdadero contratante que permanece escondido, lo que implica siempre una interposición ficticia de personas en la que el sujeto interpuesto, o sea el testamento, es un contratante aparente que mediante acuerdo simulatorio se sustituye al verdadero contratante oculto; b) la interposición real: cuando el tercero interpuesto adquiere efectivamente el bien o el derecho que se le transmite, aunque en realidad lo hace como mandatario oculto del verdadero interesado en la

Tocante a la simulación e interposición real cabe prevenir que al considerar la doctrina y jurisprudencia mayoritaria que para que exista simulación se requiere un acuerdo simulatorio entre los otorgantes del acto, priva la tesis que descarta en los casos de interposición real de personas la existencia de un negocio simulado (Llambías, J., "Tratado de derecho civil - Parte General", T° II, N° 1798; Salvat, R., "Derecho civil argentino", T° II, N° 2508; Acuña Anzorena, A., "Concepto de simulación y comparación con otras figuras jurídicas afines", JA 46-13; Mosset Iturraspe, J., "Negocios simulados", T° I, p. 148; etc.). En la interposición real de personas no hay simulación pues el transmitente ignora que ha tratado con el representante de un tercero. No hay acto simulado pues el acto es real y surte todos sus efectos entre las partes, sin perjuicio de las relaciones existentes entre adquirente y mandante oculto que son para el enajenante "res inter alios acta"; conclusión que se basa en la seriedad y efectivi

Y en lo relativo a la simulación e interposición fiduciaria. La interposición fiduciaria no implica simulación pues se trata de un negocio real, celebrado entre fiduciante y fiduciario, aún cuando en virtud del pacto de fiducia el fiduciario esté obligado a dar al derecho constituido o transferido a su favor un destino específico (v.gr. retransmitirlo al fiduciante o transferirlo a un tercero); por eso cuando el fiduciario ejerce los derechos recibidos del fiduciante, aunque sea abusando de los fines para los cuales le fueron

atribuidos, no intenta hacer valer lo disimulado u oculto sino que invoca los derechos que emergen netamente de la voluntad objetivizada en el negocio declarado. En ausencia de contradocumento muchas veces es difícil establecer la diferencia entre simulación relativa e interposición fiduciaria. Sin embargo, como bien se ha señalado, el negocio fiduciario a diferencia del relativamente simulado sería irrevocable para el fiduciante. En la práctica negocial la dificultad más aguda se pres

Con tal orden ideario básico in mens retenta meritemos los hechos dirimentes acreditados y otros relevantes no probados.

---La prueba colectada, apreciada como es de rigor en forma conjunta y no aislada o descontextualizadamente, no permite a mi juicio concluir en la existencia de algún supuesto de simulación o fraude a la ley laboral

---En efecto: los dichos del único testigo convocado, Sr. Caniullan, no bastan por sí mismos para dar por tierra con un contrato de agencia o concesión libremente acordado por las partes cuya misma letra e implícito espíritu ya básicamente dan por tierra con la versión del actor.

---Es bien conocido cómo al no regir en nuestro derecho la máxima romana *testis unus testis nullius* el testimonio único, para formar suficiente convicción judicial, ha menester de otras pruebas que corroboren y/o complementen su eficacia probatoria.

Y precisamente en tal sentido acontece que todo el resto de la prueba rendida no sólo que dejó aislada dicha declaración testimonial sino que, de consuno, permitió desvirtuar el puro cúmulo indiciario invocado por el actor en su demanda para apuntocar su pretensión.

ASÍ la informativa producida por la ARTRN permitió establecer con suficiencia, por vía de las declaraciones juradas de ingresos brutos, los elevados montos facturados por el Sr. MUÑOZ con motivo y en ocasión de sus servicios a la demandada desde Noviembre 2014 (cuando suscribieron el contrato) a Marzo 2016 (fs. 116), desvirtuando de tal suerte por completo no ya tan sólo el alegado ingreso promedio en concepto de comisión sino incluso su asimilación al prototípico salario de un trabajador dependiente. Viene a cuento entonces recordar, como bien hizo la demandada, lo sugestivo que resulta que el actor no aportada los talonarios de facturación con su escrito introductorio.

ASÍ también la informativa producida por AFIP permitió determinar de igual modo que el Sr. Fuenzaliza, entre otros, fue empleador en relación dependencial del Sr. MUÑOZ, es decir que no lo fue la demandada (fs. 130)

Y asimismo la certificación contable independiente aportada permitió corroborar un importante volumen de facturación diaria por parte del Sr. MUÑOZ tanto respecto de la demandada como de otra empresa (fs. 164/168)

La misma existencia del contrato no sólo que nunca resultó controvertida (45/48), sino que inclusive rigió toda la ejecución de la relación comercial entre actor y demandada, hasta que resultara rescindido.

---Luego: no sólo no se probó que el Sr. MUÑOZ fuera empleado de VIA BARILOCHE o que entre ambas partes existiera una relación laboral prototípica sino que, al contrario, la operatoria se desarrolló de hecho tal como fuera convenida de derecho en el contrato; tampoco se probó que estemos ante un negocio inexistente o distinto del realmente celebrado entre las partes pues, aún con independencia del nomen iuris dado por las partes a la convención, lo dirimente al efecto es cómo el mandato sin representación realmente hubo existido como tal (arg. arts. 221, 232, 233 sgts. y clds. Código de Comercio); y, en fin, menos aún se acreditó la ostensibilidad del acto ni de un acuerdo simulatorio oculto susceptible, como tal, de contener una intención auténtica de las partes distinta de la concesión agenciera referida.

Con todo lo cual quiero significar que no percibo una apariencia negocial que coexista con una oculta intención real de las partes diferente al mandato o a la concesión o a la agencia en cuestión en tanto y cuanto no se acreditó, con la suficiencia mínima requerida incluso en este tipo de juicios, una discordancia entre la voluntad interna de las partes y su manifestación externa. No visualizo que actor y demandada hayan dado al contrato ninguna apariencia susceptible de ocultar su verdadero carácter sino que, al contrario, el contrato se acordó, se ejecutó y se rescindió, tal como fuera consensuado por las partes.

Una cosa es subcontratar o tercerizar y otra muy distinta simular o defraudar y en este caso hubo lo primero pero no se acreditó nada de lo segundo. Incluso considerando al actor, en la materia simulatoria in mens retenta propuesta, como tercero con relación a los contratantes originarios, es decir la demandada y su anterior concesionario, no sólo no veo que concurra la consabida prueba presuncional o indiciaria suficiente antes referida sino que, al contrario, quedaron acreditados hechos contrarios bastantes: la ejecución material del contrato celebrado; la falta de amistad íntima o parentesco próximo entre las partes del acto; las bonificaciones, que fungieron como pago del precio, no fueron liquidadas "ex tunc" sino "ex nunc" de acordado el contrato; y, en fin, las circunstancias del acto fueron las propias de cualquier tercerización explotadora bajo

las usuales formas indicadas.

---Me permito recordar que el contrato de comisión es una especie dentro del género del contrato de mandato que se caracteriza por la circunstancia de tener por objeto negocios individualmente determinados y por la de obrar el mandatario a nombre propio (cf. in extenso Rouillón, A., "Código de Comercio", T° I, págs. 461 y sgts.; Malagarriga, C., "Derecho comercial", T° 1, p. 196; etc.). Se trata de un acuerdo consensual, oneroso y no formal, por el cual una parte, llamada comitente, encarga el desempeño de uno o más negocios de comercio individualmente determinados a otra parte, llamada comisionista o consignatario, que se obliga a concluirlos por cuenta del primero pero en su propio nombre o en el de la razón social que representa (Etcheverry, R., "Contratos", T° 1, p. 285). Así el comisionista actúa a nombre propio y por ende el negocio concluido origina una relación jurídica entre el tercero y el comisionista, de forma que éste queda directa y personalmente obligado, pero sin que quede vinculado el comiten

---Y por lo mismo que vengo meritando tampoco se acreditó la comisión por VIA BARILOCHE de un ardid o delito civil, que vendría a ser la intención de sustraerse a la legislación laboral vigente, pues por definición toda tercerización presupone involucrar actividades propias prestadas por otro como precisamente aquí sucedió. Y lo mismo acontece con la interposición de personas: de ella no se siguen ni la simulación ni el fraude, ni per se pueden presumirse.

Podría, a lo más, tratarse de condiciones necesarias pero per se insuficientes para que pueda configurarse el dolo ínsito en tales vicios de los actos jurídicos que, además, nunca se presume y ha menester ser puntualmente demostrado o, a lo sumo, presumido de manera seria, cierta, fundada, grave y concordante a partir de circunstancias de reconocido carácter indiciario o conjetural.

No concurre pues ningún supuesto fáctico-jurídico de simulación relativa ni de acto jurídico indirecto ni de acto simulado ni fiduciario ni tampoco de interposición personal.

---III. Conclusión:

---Todo lo meritado es a mi juicio más que suficiente para discernir la suerte de cada recurso porque sólo deben tratarse las cuestiones, pruebas y agravios, conducentes para resolver en cada caso lo que corresponda sin ingresar en asuntos abstractos o sobreabundantes, siendo bien conocido cómo los Jueces no están obligados a ponderar una por una y exhaustivamente todas las pruebas, ni seguir a las partes en todos y cada uno de los argumentos que esgrimen en resguardo de sus pretensos derechos, bastando que lo hagan respecto de las que estimaren conducentes o decisivas para resolver el

caso, pudiendo preferir algunas de las pruebas en vez de otras u omitir toda referencia a las que estimaren inconducentes o no esenciales (CSJN, Fallos 308:584; 308:2172; 310:1853; 310:2012; etc.; STJRN, 11/03/2014, "Guentemil", Se. 14/14; STJRN, 28/06/2013, "Ordoñez", Se. 37/13, etc.).

---En síntesis, de compartirse mi criterio, propongo al Tribunal decidir lo siguiente: I) RECHAZAR la demanda instaurada en todas sus partes; II) IMPONER las costas del juicio al actor vencido (art. 68 ap. 1º CPCC); III) REGULAR los honorarios de los Dres. Jerez Leal, Valenzuela y Gandur en \$ 169.312.- en conjunto y los de los Dres. Capararo, Steiner y Barroero en \$ 124.162.- también en conjunto (arts. 6, 8 ? 15 % y 11 %-, 10 -40 %- y cdt. L.A.; base = capital reclamado sin intereses); IV) DE forma.

---ASÍ lo voto.-

---A la misma cuestión planteada, la Dra. Alejandra M. Paolino y Jorge A. Serra dijeron:

---Nos permitimos disentir con nuestro colega preopinante, en tanto interpretamos de manera diferente la naturaleza jurídica de la relación habida entre las partes.

Ello así toda vez que, si bien es cierto que se encuentra glosado en autos Contrato de Concesión para la venta de pasajes -Contrato de Agencia-obrante a fs. 2/8: 45/53 y también planilla con detalle de comisiones del actor, no lo es menos que conforme surge de la prueba rendida en autos, distinta es la interpretación -para estos sentenciantes-del encuadre jurídico que le asignamos a esta relación .-

---En primer término cabe señalar que a tales fines se debe tener presente los esenciales principios que rigen la materia, de imperiosa aplicación en autos, a saber: 1) el principio protectorio que se manifiesta en las siguientes reglas: a) in dubio pro operario, b) aplicación de la norma más favorable al trabajador y apreciación de la prueba -en caso de duda-aplicar la más beneficiosa para el trabajador;2) principio de irrenunciabilidad de los derechos y 3) no podemos dejar de mencionar el principio de primacía de la realidad.-

---Ello así toda vez que en el caso en tratamiento tal como lo señala acertivamente la actora, este principio de la primacía de la realidad cobra fundamental relevancia a la luz de lo dispuesto por el Art 14 de la L.C.T., el cual claramente autoriza a los magistrados a no conformarse con lo que "en apariencia" se observa, sino que permite indagar hasta desentrañar la verdad real.-

---Así, de las constancias de autos, contratos de agencia agregados por las partes, surge que en los mismos su cláusula segunda afirma que no existe relación laboral alguna

entre quienes los suscriben; Y sobre este punto es que debemos detenernos, explorar y valorar conforme las pruebas rendidas en autos y las reglas citadas precedentemente, si se trata o no de un contrato de trabajo en los términos establecidos en la Ley de Contrato de Trabajo, arts. 21, 22 en concordancia con lo dispuesto por los arts. 12, 13, 14, ss. y cc. de dicho cuerpo legal.-

---En este sentido se ha dicho que: "En el derecho del trabajo no interesa el nombre o la forma escogida por las partes, aunque aparezca consentida o querida por aquellas, sino que el juez laboral debe desentrañar la verdadera naturaleza de la relación habida y calificarla de acuerdo con el derecho aplicable." C. Nac. Trab. Sala 5, 28/12/1998. "Gagliardo, Francisco A. V.. Fernandez Juan J". Ley de Contrato de Trabajo Anotada con Jurisprudencia. Mariano Mark pg. 75.-

---Sostiene la jurisprudencia que para que exista un contrato de agencia, "el agente de comercio debe desempeñarse en forma autónoma y crear su propia organización de ventas ajena al principal, ... debe poseer una sede propia, organizando a su propio riesgo la colocación de los productos ajenos, para lo cual montará locales, tomará el personal necesario, cuidará de la propaganda, ...etc.- Expte López Gonzalo y otro C/ Frigorífico SAN TELMO SACIFI S/ Despido. Nro. 7670/93 Res. 11/95 del 9/02/95.-

---Por su parte distinguidos juristas especializados en la materia como lo son los Dres. Estela Ferreirós, Jesús María Olavarria y Aguinaga; Eduardo López Palomero y María Cristina Vázquez en su obra: "El Fraude y sus Consecuencias Jurídicas" Ed. La Rocca 2007 pgs. 53/4 han señalado que: "Hablar de agente de comercio, que es el nombre que se asigna a estos representantes de ventas, es referirse, en realidad no a un dependiente sino a un empresario... Este agente posee su propia organización de ventas, no está subordinado ni obedece órdenes, tampoco es controlado en la realización de sus funciones, pero como es lógico, debe rendir cuentas en los términos del mandato, es decir debe dar cuenta de sus operaciones..."

"...se distingue del contrato de trabajo porque no hay dependencia, sino por el contrario, independencia porque corre sus propios riesgos, porque se organiza a sí mismo empresarialmente y resulta en definitiva un empresario mercantil.."

"...En el contrato de agencia las partes se encuentran, dentro de la relación jurídica, en un estado de igualdad. En el contrato de trabajo existe disparidad entre quienes lo celebran.".-

---Efectuada esta impecable distinción por parte de los autores citados, y tomando al efecto las claras diferencias mencionadas, nos referiremos al caso concreto sometido a

decisión.

---A poco que se avance en valorar los dichos del único testigo que declaró en oportunidad de celebrarse la audiencia de vista de causa, conforme surge del registro audiovisual que obra en este Tribunal y al cual nos remitimos en honor a la brevedad, quedando el mismo a disposición de las partes, se advierte que, en este caso, conforme la distinción antes señalada, no se darían los supuestos del típico contrato de agencia.-

---Veamos: el testigo, Sr. Fernando Caniullan al ser interrogado por el Tribunal y las partes expresó: "con él -referido al actor- fui compañero de trabajo. En el 2013 estaba como maletero, luego fui boletero en el Vía. El ya estaba trabajando, vendía boletos también. Teníamos horarios rotativos. Nosotros dependíamos de Bariloche o Buenos Aires. Si faltaba algo había que mandar a pedir. Acá no había jefe nuestro. Si se caía el sistema había que llamar a Buenos Aires y esperar, sino no se podía vender boletos. Los pasajes se vendían con tarjeta de crédito visa".-

Luego agregó: "Hacíamos las mismas tareas, vender boletos y cierre de caja y lo mandábamos a la administración de Bariloche. No teníamos recibo de sueldo, lo sacábamos de la caja e iba anotado en la caja. Eramos 5 los que lo sacábamos de la caja.".-

"...El alquiler del local llegaba vía correo interno de la empresa. La empresa nos daba el uniforme. Los horarios los ponía la empresa. Tenía que estar abierto de 7:00 a 20:30 hs. todo horario corrido. El dinero se depositaba en el banco en la cuenta del vía..." - referido a la empresa Vía Bariloche.-

"...La empresa venía una vez por mes a auditar. Si se rompía la impresora la mandaban de Buenos Aires. De la central de Buenos Aires la mandaron vía interna. Todo se pedía a Buenos Aires".-

---Esta indubitable, precisa y concreta declaración nos permite formar íntima convicción sin lugar a duda alguna, que la naturaleza jurídica de la relación habida entre el actor y el demandado es la de una típica relación de subordinación y dependencia en los términos previstos en el los Arts. 21, 22 de la L.C.T. Claramente existía subordinación técnica, jurídica y económica.-

---Afirmó que el local donde funcionaba la Empresa en El Bolsón era alquilado y el importe locativo era remitido vía interna por la empresa. Los elementos de trabajo pertenecían a la empresa, a punto tal que ante la ruptura de un bien importante a la hora de cumplir con las tareas normales y habituales como lo es una impresora, tuvo que enviarse a Buenos Aires y esperar que allí la repararan y luego la devolvieran. Las

tarjetas de crédito utilizadas para vender los pasajes pertenecían a la empresa accionada y la ropa de trabajo se la proveía la empresa también.-

---Interpretamos en consecuencia que en el caso de autos se encuentran debidamente acreditadas las notas típicas de una relación dependiente mas allá de los contratos glosados y las planillas acompañadas por el demandado referidas a las rendiciones de cuentas. Lo cierto es que el actor estaba sujeto a las órdenes de su empleador, tanto en cuanto al cumplimiento de horarios, vestimenta y sobre todo que ante cualquier inconveniente ya sea técnico -sistema operativo de venta de pasajes-o falta de elementos, los mismos eran resueltos o provistos desde Buenos Aires. Nada podía resolver de manera unilateral o independiente el Sr. Muñoz.-

---Es decir no estamos frente a un empresario en los términos previstos en el art. 5 de la L.C.T ni frente a un concesionario independiente que asumiera los riesgos "empresarios", sino todo lo contrario, estamos frente a una parte del contrato celebrado -actor- que se encontraba en clara situación de desigualdad frente a la otra -demandado-. Los elementos de trabajo no le pertenecían, tampoco abonaba el alquiler del local ni se proveía la ropa de trabajo.-

---Por otra parte y en relación a la contraprestación económica que percibía el Sr. Muñoz por su trabajo en concepto de "comisión" cabe señalar que no existen constancias que acrediten que le hubieran exigido para el pago de la misma la entrega de factura oficial tal como se estableciera en la cláusula octava del contrato celebrado, autorizando sin embargo el retiro de una suma mensual de la caja que era remitida a la empresa.-

--- Nótese al respecto, que las facturas consignadas en la certificación que obra a fs. 164 y ss., sólo abarcan el período del día 15/12/15 al 16/2/16, siendo que la relación que invoca la demandada comenzó en noviembre de 2014, sin que exista ninguna explicación que justifique la no extensión de dicha certificación al resto del período en que las partes directamente se hallaron vinculadas, certificación que tampoco no revestía mayor dificultad y hubiera otorgado algún sustento a la postura de la demandada.-

--- A mayor abundamiento, no puede ser soslayado un dato que reviste suma relevancia a los fines de analizar la real relación jurídica que mantenían las partes y es que en el instrumento de fs. 45/49 no se consignó el elemento esencial de un contrato de agencia, cual es la comisión que percibiría el agenciero (ver cláusula 8vta. -fs. 46-).-

--- Y tratándose de un vínculo cuyo plazo de duración se fijaba en cuatro años (ver

cláusula novena), es inadmisibles suponer que de ser real la existencia de una relación de agencia, la empresa hubiera omitido dejar expresamente asentado el quantum de la comisión (con los eventuales conflictos que ello podría aparejar), tratándose de una transportista de pasajeros de reconocida envergadura y experiencia en la actividad.-

--- Por ello, la tributación efectuada por el Sr. Muñoz conforme informe obrante a fs. 113 y ss., debe entenderse efectivizada en el marzo de la relación formalmente constituida por la demandada, pero como se viene señalando que no respondía a la realidad del vínculo que unía a las partes.-

---Resumiendo, teniendo en cuenta las particulares circunstancias de autos y en virtud de la prueba producida, la que corresponde sea analizada a la luz de lo dispuesto por el Art. 9 de la L.C.T. en concordancia con los principios esenciales del derechos del trabajo precedentemente reseñados consideramos que se torna operativa y de plena aplicación la presunción prevista en el Art. 23 del citado cuerpo legal en el entendimiento que ha existido entre las partes una típica relación de subordinación y dependencia conforme se encuentra enunciada en el cuerpo normativo antes citado.

---Por otra parte cabe señalar sin perjuicio de la posición asumida por la accionada, al haber reconocido la prestación de servicios y negar la existencia de relación de dependencia, debió extremar los recaudos probatorios tendientes a acreditar fehacientemente la relación alegada en función de la expresa presunción prevista en la norma antes citada y los principios enunciados en virtud de la materia que nos compete.-

---Por otra parte también se dijo que: "El plenario Nro 31 dictado por CNAT en el caso "Mancarella" no obsta a la posibilidad de calificar como laboral dependiente al vínculo que unió a las partes, pues la solución definitiva queda librada a las circunstancias de cada caso en particular, con especial reafirmación del principio de primacía de la realidad". (Del voto del Dr. Zas, en mayoría) (CNAT Sala V Sent. 72.739 del 18-06-2010).-

---Es que estamos frente a una situación fáctica claramente tipificada en el art. 14 de la Ley de Contrato de trabajo.-

---En este sentido señala Julio Armando Grisolia: "Los actos o negocios simulados o conductas fraudulentas están dirigidos a evitar responsabilidades del empleador. Son la contracara del Orden Público Laboral. El Art. 14 sanciona con la nulidad el fraude laboral..."

"Una de las formas más comunes de simulación para evadir las disposiciones del

derecho laboral y de la seguridad social es recurrir a figuras contractuales no laborales - contrato comercial o civil- para esconder un contrato de trabajo, algunas veces con el consentimiento del propio trabajador (obligado).."-

---Por su parte la Dra. Carina Suarez en su obra Ley de Contrato de Trabajo comentada pg. 40, señala: "El fraude laboral se determina mediante la búsqueda de caminos indirectos para eludir el cumplimiento de la ley a través de negocios reales. Estos caminos son la interposición de personas o de medios".-

---En el fraude no se trata de ocultar un acto bajo la apariencia de otro sino que se coloca a la realidad bajo el imperio de una norma que no es la que corresponde.-

---También se ha dicho: "En virtud del principio protectorio se impone que se considere irrelevante jurídicamente la voluntad del trabajador dirigida a la evasión de las normas del derecho laboral de modo que siempre tendrá acción para poner en claro la simulación ilícita y beneficiarse con la aplicación de de dichas normas..." CNT Sala 10 15/06/2000. "Carrera, Alejandro A. v. Cooperativa de Trabajo Cadesu de Vigilancia Ltda". Ley de Contrato de Trabajo. Mariano Mark, pg.73 .-

---Párrafo aparte y especial atención merece referirnos a los contratos de agencia celebrados entre la Empresa Vía Bariloche S.A y el Sr. Fuenzalida Daniel Alberto obrantes a fs. 50/53, todo también dentro del marco normativo antes citado.-

--Y es que aquí la figura de dicho concesionario y que aparece como empleador del actor desde el mes de septiembre del año 2010 hasta el mes de septiembre del año 2014 conforme surge del informe de AFIP glosado a fs. 130/135 es también fraudulenta en relación a las normas del derecho del trabajo.-

---Adviértase que las cláusulas de los contratos celebrados entre el actor y el Sr. Fuenzalida con el demandado son similares, -con alguna mínima diferencia- pero en ambos casos tendientes a evadir la aplicación de las normas laborales.-

---El Dr. Mario Ackerman en su Tratado de Derecho del Trabajo T. II pg. 159 señala: "...El art. 14 de la L.C.T. que tipifica el principio de primacía de la realidad, se erige como la norma general antievasión e impone la aplicación de la LCT en los supuestos de interposición de personas (o de cualquier otro medio), que el artículo menciona al solo efecto de ejemplificar na situación concreta de fraude a la ley.-

..."En este caso el empleador pretende eximirse de tener que responder colocando a un empleado entre él y los demás trabajadores, quien se presenta dirigiendo la relación laboral..."

"...También el empresario puede valerse de terceros, quienes sin ser contratistas por

carecer de empresa y de solvencia económica, contratan al personal con el único propósito de que el verdadero empleador se exima del cumplimiento de la legislación laboral..."-.

---También aquí frente a esta situación fáctica resultó esencial la declaración del testigo Fernando Caniullán quién en la audiencia de vista de causa al respecto señaló: "Fuenzalida era el encargado, el que daba la cara, él no podía dar soluciones, por ejemplo si una persona perdía el servicio -no llegaba a las combinaciones-, ni el encargado ni nosotros podíamos dar soluciones... Había un sistema operativo que para vender o cambiar los boletos había que llamar a Buenos Aires... Cuando se fue Fuenzalida, vino "el vía" y lo dejo encargado a Jorge, -por el actor- era el que daba la cara..."-.

---De lo expuesto surge que esta forma "contractual" era utilizada al menos desde el año 2010 por parte de la empresa Via Bariloche S.A. En el caso del Sr. Fuenzalida utilizándolo como un intermediario entre el actor y la empresa con el único objetivo de evadir la aplicación de las leyes laborales.-

---En la práctica es habitual que en determinadas actividades se recurra a personas físicas (sin estructura empresarial).- De todos modos cuando el trabajador es contratado queda interpuesto como empleador aparente, y cuando la empresa que se beneficia con los servicios personales niega el carácter de empleador descarga su responsabilidad en estos sujetos que como son insolventes la aceptan para no perder a la empresa -cliente- que le permite lucrar con la intermediación.-

---Se trata de un intruso que puede ser real (si la persona interpuesta es el verdadero contratante) colocado por el interesado para que sus negocios recaigan sobre él. En estos casos la relación queda regulada por la LCT- Ley de Contrato de Trabajo. Dr. Armando Grisolia Pg. 200 Abeledo Perrot.-

---En síntesis sea que la empresa se haya valido de una persona física u hombre de paja (no dependiente) para evadir sus obligaciones laborales o que haya usado figuras legales no laborales con el mismo objeto, lo cierto es que en ambos casos nos encontramos frente a una clara violación a las leyes laborales en virtud de lo expresamente dispuesto por el art. 14 L.C.T.-

---La irrenunciabilidad es la condición legal que impide la renuncia a determinados derechos, por ello son irrenunciables todos aquellos beneficios que las leyes le otorgan a los trabajadores en miras a su protección. El artículo 14 y 12 conforman el plexo normativo que consagra el orden público laboral.-

--- Finalmente, cabe agregar que la Cámara Primera del Trabajo, ha sustentado criterio similar al aquí expuesto, al dictar sentencia en autos "GONZALEZ, Emanuel C/ NUEVA CHEVALLIER S.A. S/ SUMARIO (I) (Conc.Capararo) - Expte. N° 23681/12" (FALLO DEL 20/9/13), señalando en esa oportunidad el Dr. Juan Lagomarsino en su voto rector que "...Nueva Chevalier impartía las directivas. Pagaba a los empleados de la oficina, abonaba los alquileres de los locales, indicaba en que condiciones se pagaban los seguros por extravíos de equipajes, disponía de las pautas para contratar la publicidad, indicaba las tarifas con las cuales las agencias debían manejarse, etc.-

-- Si bien todo pasaba por Gonzalez, el solo era "informado" de las cuestiones operativas asumiendo el rol de hacer cumplir las directivas de la Gerencia, cobrando un porcentaje por las ventas de los pasajes y servicios, del 10%.-

-- De modo que tanto la posibilidad de lucro, como la organización empresarial, corresponde a la empresa de transporte.-

-- Ninguna empresa tiene Gonzalez, quien carece, como cualquier otro encargado, de la más mínima independencia comercial.-

-- Ningún elemento de prueba se ha brindado que permita caracterizar a Gonzalez como empresario, como titular de los medios materiales y técnicos de una organización que fuera propia, ni como comerciante, desde el momento que, ni el riesgo empresario, ni el lucro, ni las pérdidas estaban a su cargo.-

--- Asimismo y como dije en autos ALVAREZ, Heriberto F. y Otra C/ AUTOTRANSPORTES ANDESMAR S.A. y/u Otra S/ Sumario", Exp. N° 19937/07 "Las demás circunstancias descriptas, como tener personal contratado para auxiliarlo en su trabajo, afrontar determinados gastos, y cobrarse una comisión por las ventas no son notas esenciales, porque pueden subsistir tanto en una como en otro tipo de relación (laboral o comercial)".-

-- Respecto del contrato de agencia comercial, el mismo, por los antecedentes mencionados resulta viciado de nulidad por fraude laboral, conforme lo previsto por el art. 14 de la LCT.-....".-

---Dicha sentencia fue confirmada por el Superior Tribunal de Justicia, por Sentencia Nro. 71/14, dictada el día 24/10/14.-

---En consecuencia por todo lo precedentemente expuesto, en el entendimiento que la accionada ha utilizado figuras no laborales tendientes a evadir claramente la aplicación de las leyes del trabajo, en virtud de claras disposiciones legales arts. 12,14, 21, 22 y 23 de la Ley de Contrato de Trabajo en consonancia con los principios enunciados al inicio

de dicha resolución interpretamos que corresponde:

---1.- hacer lugar parcialmente a la demanda tal como ha sido interpuesta por los rubros detallados en la liquidación obrante a fs. 28 vta.- (excepción hecha respecto de las horas extras y multa del art. 80 conforme mas adelante se expone) y condenar a la Empresa Vía Bariloche S.A a abonar al actor Sr. Jorge David Muñoz los importes que surjan de la liquidación a practicarse por la actora en el término de 5 días de notificada la presente.-

---A tales fines se deberá considerar como real fecha de ingreso del trabajador la que surge de las planillas remitidas por AFIP obrantes a fs. 131/135, es decir el mes de septiembre del año 2010 y como fecha de finalización de la relación laboral el mes de abril del año 2016 a tenor de los despachos telegráficos obrantes en autos.-

---En cuanto al valor de la remuneración que corresponde asignarle al actor, en virtud de claras disposiciones legales, y considerando que el Sr. Muñoz desempeñó tareas como Vendedor D deberá practicarse la liquidación en función de la escala salarial aplicable a dicha categoría - CCT 130/75- a la fecha del distracto y considerar la misma a los fines de establecer las diferencias salariales adeudadas.-

---2.- En relación a las multas previstas por los arts. 8 y 15 de la ley 24013 las mismas han de prosperar toda vez que justamente dicha ley pretende impedir la evasión de la aplicación de las normas laborales, motivo por el cual, teniendo por acreditado que el vínculo que unió a las partes resulta de naturaleza laboral, la obligación de registración pesa exclusivamente sobre el empleador. Uno de los objetivos de la Ley Nacional de Empleo es desalentar prácticas evasoras (art. 2 inc.J.) Y ese objetivo no resulta cumplido si el empleador no registra el contrato de trabajo en los términos del art. 7 de la ley 24013. La interposición fraudulenta de persona tiene por objeto la evasión de todos el derecho individual: interpuesto un tercero entre el trabajador y el empleador, éste aparece fuera de toda responsabilidad, que recae sobre el tercero. Así la registración de la relación laboral por el contratante del trabajador no basta para el cumplimiento de la obligación impuesta por el art 7 de la ley 24013 ni del o

---3.- En relación a la multa reclamada por la actora en virtud de lo dispuesto por el Art. 2 de la Ley 25323 la misma también ha de prosperar toda vez que debidamente intimada la demandada, y teniendo en consideración en el caso particular que se trata de un claro fraude a las leyes laborales en tanto pretendía eximirse de las responsabilidades dispuestas por ley, interpretamos que encontrándose debidamente intimada la accionada, al no haber depositado las sumas indemnizatorias dispuestas en el

ordenamiento legal, obligando con su accionar al actor a dar inicio a la presente acción judicial, su aplicación resulta ajustada a derecho.-

---Al importe que surja de la liquidación a practicarse corresponde adicionarle intereses a una tasa del 36% anual desde el distracto y hasta el 31-08-2016. A partir de allí 01-09-2016- conforme doctrina de aplicación obligatoria para los Tribunales inferiores emanada de nuestro Máximo Tribunal Provincial (art. 42 Ley 5190) generada en autos caratulados: "Guichaqueo Eduardo Ariel C/ Provincia de Río Negro (Policía de Río Negro) S/ Accidente de Trabajo S/ Inaplicabilidad de Ley" Expte Nro 27.980/15 STJ, y hasta el efectivo pago deberá calcularse la tasa vigente en el Banco de la Nación Argentina "para prestamos personales libre destino, en operaciones de hasta 36 cuotas mensuales". -

---4.- No habrán de prosperar en cambio las horas extras reclamadas.-

---Ello así toda vez que conforme tiene dicho este Tribunal en pleno, la probanza de las horas extras debe ser tan certera que no deje lugar a duda alguna del cumplimiento en exceso de las horas previstas por ley.-

---Así en autos caratulados "NOVICOFF, Mirko S. C/ DEDOS S.R.L. S/ SUMARIO (I)", Exp. N° 26215/15.- el Tribunal se ha expresado diciendo: "... Ahora bien, en este sentido la jurisprudencia, entre tantos fallos ha dicho: "Las reclamaciones por horas extras han de ser juzgadas con estrictez, exigiéndose la prueba efectiva y convincente de su realización (cfr. Vázquez Vialard y otros, en "tratado de derecho del trabajo", Bs. As., 1983, T. 4, P. 81) Y no corresponde como principio, la aplicación de la presunción que prevé la lct: 55, ya que el horario de tarea no es un requisito que deba constar en el libro especial de la lct: 52 (cfr. Cntrab sala iv, 3.4.97, "Ortiz c/ Hogares Stella Maris srl", ja 1998-iii-121; id. Sala vii, 28.11.95, "Gondora c/ Kim Kyu Cha", dt 1996-a-1223; id. Scba, 20.8.91, "Aguilar c/ Matadero y Frigorífico Regional Azul"). (En igual sentido: sala d, 30.6.08, "Club Comunicaciones s/ fideicomiso s/ inc. De verif. De crédito prom. Por Elvecia Casal"). Autos: CLUB DEPORTIVO ESPAÑOL S/ QUIEBRA

---En sentido concordante ha sostenido el STJ que "...Rubros tales como las diferencias o las horas extra resultan materia de estricta apreciación probatoria....." (cf. STJRNSL: SE 129/15, "S., D.F. c/ IFES SRL s/ ordinario s/ inaplicabilidad" (expte. nro. 26663/13-STJ, FALLO DEL 17/12/15).-

---Se ha dicho también que: "Tratándose de reclamos basados en supuestos de excepción, como es la extensión de la jornada normal de trabajo, cabe exigir prueba

fehaciente de que tal prestación ha existido".-Corte Suprema 22/01/1991 Blasco Manuel O. v Barce Mazzarella y Cía SRL.Fallos 314:1322.-Ley de Contrato de Trabajo anotada con jurisprudencia. Mariano Mark. Abeledo Perrot. Ed 2009. pg. 670.-

---En consecuencia resultando a tales fines insuficiente la prueba rendida por la actora, tal rubro deberá ser rechazado sin más.-

---5.- En relación al reclamo efectuado en cuanto a la multa dispuesta por el Art. 80 L.C.T. corresponde intimar a la accionada para que dentro del término de treinta (30) días de quedar firme la presente resolución haga entrega al trabajador de los certificados previstos en la norma señalada, como también proceda a efectuar el pago de los aportes correspondientes destinados a los organismos de seguridad social por todo el período trabajado, todo ello bajo apercibimiento de aplicar astreintes -\$ 500 (pesos quinientos) diarios- en caso de incumplimiento, todo ello conforme clara jurisprudencia emanada del máximo Tribunal Provincial en autos: "Sierra José Carlos C/ Obra Social de la Unión Personal Civil de la Nación S/ Sumario" Expte Nro 15.182/02, entre otros.-

---6.- No corresponde en cambio la aplicación de la sanción impuesta por el Art. 132 bis de la L.C.T toda vez que para la procedencia de la misma la ley exige que el empleador haya efectuado la retención de aportes del trabajador con destino a los organismos de seguridad social o contribuciones. Encontrándose negada la relación laboral de subordinación y dependencia no existió tal retención.-

---7.- Las costas se imponen a la demandada vencida en tanto no encontramos motivo alguno que nos permita apartar del principio procesal de la derrota conforme Art. 68 del C.P.C.C. de aplicación supletoria en el fuero.-

---8.- Regular los honorarios profesionales de los Dres. Tamara Capararo, Miguel Steiner y Darío Barroero por la representación ejercida por la actora en el 17 + 40% del importe que surja de la liquidación a practicarse en autos en conjunto y partes iguales, y los de los Dres. Hernán Gandur, Fernando Valenzuela y Maria Gisella Jerez Leal por la accionada, en conjunto y partes iguales, en el 14% + 40% de la suma que surja de la liquidación conforme arts. 6,7,8, s y cc L.A.Todo ello con más el IVA en caso de corresponder.-

---9.- De forma.-

---Nuestro voto.-

---Por todo lo expuesto, la Cámara Segunda del Trabajo de la IIIª Circunscripción Judicial, por mayoría RESUELVE:

--- I) HACER LUGAR PARCIALMENTE a la demanda tal como ha sido interpuesta

por los rubros detallados en la liquidación obrante a fs. 28 vta.- (exceptuando horas extras y multa del art. 80) y condenar a la Empresa Vía Bariloche S.A a abonar al actor Sr. Jorge David Muñoz los importes que surjan de la liquidación a practicarse por la actora en el término de 5 días de notificada la presente.-

---A tales fines se deberá considerar la fecha de ingreso y extinción de la relación laboral, categoría laboral y escala salarial consignadas en los considerandos.-

---II) RECEPTAR a aplicación de las multas previstas por los arts. 8 y 15 de la ley 24013 y Art. 2 de la Ley 25.323, por las consideraciones vertidas.-

---III) Al importe que surja de la liquidación a practicarse corresponde adicionar los intereses detallados en los considerandos.-

---IV) RECHAZAR el reclamo de horas extras efectuado.-

---V) INTIMAR a la accionada vencida para que dentro del término de treinta (30) días de quedar firme la presente resolución haga entrega al trabajador de los certificados previstos en la norma señalada, como también proceda a efectuar el pago de los aportes correspondientes destinados a los organismos de seguridad social por todo el período trabajado, todo ello bajo apercibimiento de aplicar astreintes -\$ 500 (pesos quinientos) diarios- en caso de incumplimiento.-

---VI) RECHAZAR la aplicación de la sanción impuesta por el Art. 132 bis de la L.C.T.-

---VII) COSTAS a la demandada vencida en tanto no existe motivo alguno que permita apartarse del principio procesal de la derrota, conforme Art. 68 del C.P.C.C. de aplicación supletoria en el fuero.-

---VIII) REGULAR los honorarios profesionales de los Dres. Tamara Capararo, Miguel Steiner y Darío Barroero por la representación ejercida por la actora en el 17 + 40% del importe que surja de la liquidación a practicarse en autos, en conjunto y partes iguales, y los de los Dres. Hernán Gandur, Fernando Valenzuela y Maria Gisella Jerez Leal por la accionada, en conjunto y partes iguales, en el 14% + 40% de la suma que surja de la liquidación conforme arts. 6, 7, 8, sS. y cc L.A.

---Todo ello con más el IVA en caso de corresponder.-

---IX) HAGASE SABER que en la oportunidad de practicarse liquidación definitiva se deberá incluir las sumas correspondientes a impuestos y contribuciones de ley, ello a los fines de la emisión del formulario de costas N° 008, debiendo cancelarse el mismo previo a la liberación de fondos en autos (art. 2585 del Código Civil y Comercial de la Nación y la Acordada N° 18/14 del S.T.J.).-

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

ALEJANDRA M. PAOLINO CARLOS M. CUELLAR

Juez de Cámara Juez de Cámara

JORGE A. SERRA

Juez de Cámara

Ante mi:

M. de los Angeles Pérez Pysny

Secretaria Subrogante de Cámara