

En la ciudad de San Carlos de Bariloche, Provincia de Río Negro, a los 14 días del mes de Marzo de 2017, 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 D. Rinaldis, luego de haberse impuesto individualmente de esta causa caratulada: "CHANCHARUSSO, Miguel A. C/ BARRIOS, Ariel I. S/ INDEMNIZACION POR DESPIDO", Exp. N° B74C2/16, iniciado el 24/05/2016. 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, Dr. Alejandra M. Paolino; segundo votante, Dr. Carlos D. Rinaldis, y tercer votante, Dr. Jorge A. Serra.-

---A la cuestión planteada, el Dr. Alejandra M. Paolino dijo:-

---I) ANTECEDENTES:\n---A fs. 10/18 se presenta la Dra. Irene Da Silva Evora en su carácter de apoderada del Sr. MIGUEL ANGEL CHANCHARUSSO conforme surge de la carta poder glosada a fs. 2, interponiendo formal demanda laboral contra el Sr. ARIEL ISMAEL BARRIOS en su carácter de responsable del servicio recreativo -Tren de Bariloche- persiguiendo el cobro de la suma de \$ 224.862,81 o lo que en más o en menos determine el Tribunal con mas gastos y costas.-\n---Sostiene para ello que su mandante ingresó a trabajar bajo relación de subordinación y dependencia del accionado como vendedor temporario de pasajes para el tren con base en las arcadas del centro cívico y algunos restaurantes aledaños y que tal como su nombre lo indica, dicho tren realiza excursiones por el centro y algunos barrios que forman parte del típico paisaje de la ciudad y tiene una capacidad para 40 pasajeros.- \n---Señala que desarrolló tareas durante dos períodos: el primero desde el 15 de septiembre del año 2014 hasta el 7 de abril del año 2015 ( fecha en que renuncia a partir del 31-3) y el segundo desde el 1ro de enero de año 2016 hasta el 17-02-16 fecha en que le fueron negadas las tareas.-\n--- Afirma que la modalidad de trabajo del actor era la siguiente: ingresaba a las 8:30 hs al Centro Civico a los fines de recoger folleteria en el Restaurant "Morfys", luego repartía la misma en hoteles y hosterías del centro y abonaba las comisiones de la venta de viajes proveniente de algún hotel u hostería que consistía en el 20% del valor del pasaje. A las 9:30 hs. volvía al Centro Cívico y comenzaba la venta y reparto de folletos del Tour, toda vez que el primer paseo salía a las 10:00 hs. Ello hasta las 13 hs, se tomaba un descanso para almorzar y continuaba a partir de las 14 hs hasta las 20 hs. Finalizada

la jornada preparaba la caja en base a los tickets que había vendido y en ese momento percibía un importe diario de \$ 800 en efectivo, dichas tareas eran realizadas en temporada de lunes a lunes sin tomarse franco ni feriado alguno.- \n---Afirma que en el segundo período de trabajo, el horario de ingreso era a las 14 hs y finalizaba a las 21 hs, haciendo la recorrida de reparto y venta en todos los hoteles e incluso en los de los kilómetros, percibiendo diariamente un importe de \$ 500.-\n---Manifiesta que durante el primer período sólo le extendieron dos recibos de haberes pero de manera deficiente toda vez que no figura la real fecha de ingreso y durante el segundo período nunca le extendieron recibo alguno.-\n---Señala que al exigirle a su empleador que regularizara la relación laboral toda vez que se encontraba trabajando en forma marginal y percibiendo un importe salarial diario menor al de la anterior temporada, recibió como respuesta una negativa de tareas.-\n---Que como consecuencia de ello, efectuó su reclamo mediante telegrama, -incluido a AFIP- en el mes de febrero del año 2016 el cual fue contestado de manera extemporánea por el accionado negando la existencia de la relación laboral de la temporada de verano 2016 como también las condiciones de trabajo, lo que motivó el envío postal del trabajador en fecha 8 de marzo del 2016 considerándose, despedido por exclusiva culpa de su empleador.-\n---Practica liquidación, ofrece prueba, funda en derecho su petición y solicita se haga lugar en todas sus partes a la demanda con expresa imposición de costas.-\n---A fs. 24 se agrega el informe ordenado a la Municipalidad local, contestado por la Subsecretaría de Tránsito y Transporte Municipal.-\n---A fs. 35/41 se presenta el Sr. ARIEL ISMAEL BARRIOS por derecho propio con patrocinio letrado de la Dra. Ana Lia Aldana. Niega pormenorizadamente los hechos en que se sustenta la acción. En particular la fecha de ingreso invocada por el trabajador y la dación de tareas en el segundo período que invoca. Sólo reconoce la existencia de relación de dependencia desde el 1-1-2015 hasta el mes de marzo de dicho año y el cumplimiento de media jornada laboral.- \n--- Impugnan liquidación, ofrece prueba y solicita el rechazo de la misma con expresa imposición de costas.-\n---Celebrada a fs. 55 la audiencia de conciliación a tenor de lo dispuesto por el Art. 36 de la Ley 1504 sin que exista posibilidad alguna de acuerdo, se proveen las pruebas ofrecidas por las partes.-\n---A fs. 91 se lleva a cabo la audiencia de vista de causa conforme surge de lo sustancial del acta glosada en autos. Habiendo alegado las partes en esa instancia y una vez glosados los informes de fs.111/119 quedan estos actuados en estado de recibir la presente resolución.-\n---II) HECHOS: \n---Conforme lo dispuesto por el art. 53 de la Ley 1504 habré de referirme en primer

término a las cuestiones de hecho que, apreciadas en conciencia tengo como efectivamente acreditadas y las que no. Así considero efectivamente probado que:\n--1.- El Sr. Ariel Isamel Barrios detenta la titularidad exclusiva del permiso emitido por la Secretaría de Transportes de la Municipalidad local a los fines de prestar el Servicio recreativo TREN DE PASEOS (paseo ciudadano City Tour) habilitada para 41 plazas desde el 23 de agosto del año 2011, sin registrar cambios en la titularidad a la fecha en que se suscribió el mismo (4 de julio 2016).-\n---Con los informes emitidos por la Subsecretaría de Tránsito y Transporte obrantes a fs. 24; 109 y 111/114 tengo por debidamente acreditado el punto en tratamiento.- \n---2.-El Sr. Miguel Angel Chancharusso trabajó en relación de subordinación y dependencia del accionado ARIEL ISMAEL BARRIOS -este último en su calidad de titular del permiso emitido por la Municipalidad local habilitado para prestar servicio recreativo del "Tren de Paseo" en esta ciudad- duante dos períodos a saber: a) el Primero: desde mediados del mes de septiembre del año 2014 hasta el 31 de marzo del año 2015, sin perjuicio de haber presentado su renuncia en fecha 7-04-2015 y b) el Segundo: Desde el 1ro. de enero del año 2016 hasta el 17 de febrero de año 2016 fecha en que le fueron negadas las tareas por parte del accionado.-\n---En este sentido las pruebas obrantes en la causa resultan de entidad suficiente como para así decidir.-\n---Me explico: En cuanto a la real fecha de ingreso producida durante el PRIMER PERIODO (mediados del mes de septiembre del año 2014) la testigo Sra. Victoria Guzmán fue categórica a la hora de señalar: "Soy fotógrafa en el Centro Cívico, hace doce años trabajo de nuevo en ese lugar, especialmente en horario de mañana. A las 7:30; 7:40 ya estoy en la plaza con la perra. Lo conozco al actor de ese mismo lugar. Al Sr. -refiriéndose al demandado- también lo conozco de la plaza trabajando en el trencito. Al actor lo ví en el año 2014 y lo recuerdo perfectamente por una razón: en septiembre del año 2014 me vió -el actor- con el brazo enyesado porque yo me accidenté y él me vió y preguntó que me había pasado. "Yo lo veía por las mañanas. Yo trabajo de domingo a domingo todos los días. Lo veía por la mañana a eso de las 8; 8:30 hs. El repartía folletos del trencito. Yo me voy a Las Grutas en Marzo y hasta esa fecha del 2015 lo ví. Marzo del año 2015...". "En diciembre del año 2014 lo ví trabajar. Yo estoy ahí y lo ví... "Cuando estaba haciendo kinesiología que iba al centro traumatológico lo veía a la tarde...".-\n---Por su parte la Sra. Eufemia Graciela Calfú -quien acreditó su identidad a fs. 96- expresó: "Fui promotra del trencito en noviembre del 2014, él me contrató (refiriéndose al demandado quien se encontraba presente en la Sala del Tribunal en oportunidad de llevarse a cabo la audiencia de vista

de causa). Trabajé un mes y 15 días aproximadamente. Yo llegaba a las 10:30 hs. y "Miguel" (actor) ya estaba allí y también Patricia, la guía que habla por el micrófono. Yo hacía promociones en el Centro Cívico, el actor también hacía promociones en el Centro Cívico y también en los Hoteles. El actor iba a "Morfys" a buscar los folletos. En Morfys los doblaba y una vez que tenía todo armado iba a la esquina del centro cívico y también iba a hoteles. El -por el actor- me enseñó a que hoteles ir, fui 2 veces a los hoteles. En el Center eran las salidas del trencito. El promocionaba el trencito...". Yo trabajaba de lunes a viernes hasta las 5/6 de la tarde... "El -referido al actor- ya estaba cuando yo entré..."-\n---Finalmente el testigo Sr. Herbert Bartz expresó: conozco al actor de la calle. Era promotor y hacía la venta del trencito en las arcadas del centro cívico. Yo trabajo en el negocio Baruzzi en la calle Urquiza y de allí lo veo. Compraba café en la YPF y de allí pasaba a su lugar de trabajo. Yo trabajo de 9:30 a 13 y de 16:30 a 20:30 hs .lo veía cuando iba a la YPF a buscar el desayuno...".- \n---En cuanto a la fecha de ingreso que señala el actor en su SEGUNDO PERIODO 1ro. de enero del año 2016, la testigo Sra. Victoria Guzmán señaló: "Después lo volví a ver los primeros días de este año -referido al año 2016- en enero. El primero de enero lo vi porque fui a la plaza a sacar fotos y lo vi. Este año lo ví pocos días de tarde porque yo me quedaba hasta las dos, o venía a la tarde al laboratorio fotográfico que está en el Center -queda en el entre piso- y el Tren sale desde el Center... Lo ví este año hasta febrero..."-\n---En cuanto a la veracidad de los dichos de la Sra. Guzman, cabe señalar que sin perjuicio de haber manifestado en la audiencia de vista de causa -como consecuencia de una pregunta formulada por la letrada de la actora- que el demandado la llamó por teléfono antes de comparecer al Tribunal a prestar declaración, y preguntada al respecto por el Tribunal manifestó que no se siente intimidada por ello y que "viene a decir la verdad". Por otra parte también resulta importante destacar que sus dichos no se contradicen con lo expresado por la testigo Sra. Patricia Baena -ofrecida por la accionada-, toda vez que esta última manifestó ser guía de turismo "free lance"... "ahora trabajo prácticamente todos los días. Trabajo hace bastante tiempo enero/febrero 2015, guía el Tren. Este año trabajé en la temporada de verano 2015/2016, desde el 7-01-2016. Este año en la mañana repartía una chica Daiana". También señaló en relación al actor..."lo ví eventualmente en la plaza repartiendo volantes. Lo vi repartiendo volantes para el restaurante "La Marca" y también "Trabajó para el tren".- \n---Es decir claramente se advierte que dicha testigo identificó a una Sra. Daiana como la persona que repartía folletos durante la mañana en esta segunda etapa laboral el actor. Por ende no se

contradice con las declaraciones brindadas por la Sra. Guzmán por cuanto ella refirió ver trabajar al actor "a la tarde".- \n---En consecuencia con los dichos expuestos por los testigos Calfú, Guzman, Baena y Bartz tengo por debidamente acreditadas las fechas de ingreso del trabajador conforme lo señalado en demanda.- \n---Finalmente me permito señalar, en cuanto a la fecha de ingreso denunciada como el 1ro. de enero del año 2016, que de los recibos de sueldo obrantes a fs. 8/9 -pertenecientes al demandado- surge que en el primer período laboral del actor, el demandado consignó como fecha de inicio de la relación laboral del Sr. Chancharusso el 1ro. de enero del año 2015. Es decir queda claro que así como trabajó el actor un día feriado -como lo es el 1. de enero de cada año-, en el caso particular el 1-1-2015, bien pudo haber trabajado el 1ro. de enero del año 2016, lo que fue claramente ratificado por la testigo Guzmán.- \n---3.- Que las tareas que realizó el actor consistían en la promoción y venta de los pasajes para dicho tren tomando como base de "operaciones" las arcadas del Centro Cívico de esta ciudad y el restaurant "Morfys". También repartía dicha folletería en distintos hoteles y hosterías de la ciudad.- \n---4.- Que el actor durante su primer período laboral cumplió un horario de jornada completa iniciándolo en horas de la mañana, (8:30/ 9:00 hs), tomando una hora desde las 13:00 hasta las 14:00 hs para almorzar y luego retomar tareas a partir de las 14 hs hasta aproximadamente las 18,18:30 hs.-

---Con las declaraciones testimoniales de las Sras. Calfu, Guzman, Baena y del Sr. Bartz transcriptas precedentemente, sumado ello a la documental obrante a fs. 45 tengo por debidamente acreditados los puntos en tratamiento.- \n---5.- Que durante el segundo período laboral el actor cumplió un horario de jornada parcial, en horas de la tarde a partir de las 14 hs.- \n---6.- Que el actor efectivamente cumplió su jornada laboral el día 1ro. de enero del año 2016.- \n---La clara y contundente declaración testimonial brindada por la Sra. Guzmán al decir: "El primero de enero lo vi porque fuí a la plaza a sacar fotos y lo vi. Este año lo ví pocos días de tarde porque yo me quedaba hasta las dos, o venía a la tarde al laboratorio fotográfico que está en el Center -queda en el entre piso -y el Tren sale desde el Center...Lo ví este año hasta febrero...", en concordancia con lo expuesto en el punto 2 in fine de este capítulo, me permiten formar convicción en este sentido y tener por debidamente acreditado lo expuesto.- \n---En cambio, NO CONSIDERO ACREDITADO: \n---1.- Que el actor haya trabajado la totalidad de horas extras que reclama ni los feriados que reclama, excepción hecha de lo expuesto en el punto 6 de este capítulo.- \n---Ello así toda vez que ninguna prueba contundente o de entidad suficiente ha podido acompañar el accionante a los fines de acreditar el

cumplimiento efectivo del horario extraordinario y superior a lo previsto por la normativa aplicable, Ley 11544.-\n---También en este sentido se ha dicho: "La prueba de las horas extraordinarias, respecto tanto al número como al lapso y frecuencia, está a cargo del trabajador; en virtud del principio procesal que impone la carga de la prueba de un hecho a quién lo invoca y no a quién lo niega ( art. 377 CPCC). JULIO A. GRISOLÍA, Derecho Laboral. pag.506. Ed. 2013.-\n---Por su parte la jurisprudencia señala: "Las reclamaciones por horas extras han de ser juzgadas con estrictez, exigiéndose la prueba efectiva y convincente de su realizacion (cfr. Vazquez Vialard y otros, en "Tratado de derecho del trabajo", Bs. As., 1983, T. 4, P. 81) Y no corresponde como principio, la aplicacion de la presuncion que preve 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, J.A 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 Frigorifico Regional Azul"). (En igual sentido: sala d, 30.6.08, "Club Comunicaciones s/ Fideicomiso s/ Inc. de verif. De credito prom. Por Elvecia Casal"). Autos: CLUB DEPORTIVO ESPAÑOL S/ QUIEBRA S/ INC. DE REV. POR BUZNEGO MONICA ISABEL Y OTROS- Ref. Norm.: L. 20744: 55. L. 20744: 52. - Sala: C. - Mag.: MONTI - CAVIGLIONE FRAGA - DI TELLA. - Fecha: 14/11/2003.-\n---También se dijo: "Las reclamaciones por horas extras exigen una prueba efectiva y convincente de su prestacion (cfr. Vazquez vialard y otros, en "tratado de derecho del trabajo", Bs. As., 1983, T. 4, P. 81) Y no corresponde como principio, la aplicacion de la presuncion que preve la lct: 55, ya que el horario de tarea no es un requisito que deba constar en el libro especial del art. 52."Autos: TALLERES GRAFICOS ROBERTO FERRERI SA S/ CONC. PREV. S/ INC. DE VERIFICACION PROMOVIDO POR FERRERI HECTOR. - Ref. Norm.: L. 20744: 55. L. 20744: 52. - Nro Sent.: 35470/04. - Sala: B. - Mag.: BUTTY - DIAZ CORDERO - PIAGGI. - Fecha: 21/12/2004.".-\n---"La prueba de las horas extras y su falta de pago quedan a cargo del peticionante, debiendo ser la misma terminante y aservativa, en razón de tratarse de prestaciones totalmente excepcionales y ajenas al desenvolvimiento del contrato individual de trabajo". Autos: Orellana Epifanía c/ Coyan Juan y otro s/ Despido". Magistrados: Arcal. Pigretti Sala: Sala VIII - Fecha: 25/11/1994 - Nro. Exp.: 21429/94. Nro. Sent.: s.d. 21429.-\n--Tal el criterio sustentado por este Tribunal conforme lo sostenido sobre el particular por mi distinguido colega Dr. Jorge Serra en autos caratulados: "Novicoff Mirko C/ Dedos S.R.L...."Expte Nro 26215/15 fundamentos a los cuales en honor a la

brevedad me remito.-\n---2. -Que el actor haya percibido un salario diario de \$ 800 en su primer período laboral y de \$ 500 durante su segundo período laboral.-\n---Ello así toda vez tampoco acompañó prueba alguna la actora tendiente a acreditar sus dichos y si bien es cierto que debidamente intimada la demandada no acompañó los libros que la norma indica (52 L.C.T) ni la restante documental peticionada (ver punto 8 de demanda fs.16 vta.,17 y 52 vta), NO lo es menos que la presunción establecida en el art. 55 de dicho cuerpo legal, -presunción iuris tantum-, debe ser aplicada y valorada de manera integral con otros elementos probatorios que autoricen al juzgador a dar crédito a las afirmaciones efectuadas por el trabajador. En autos nada de ello aconteció toda vez que ningun respaldo documental ha sido aportado en este sentido y tampoco ninguna otra prueba pudo acreditar las afirmaciones del actor .Máxime cuando en autos se han agregado recibos de haberes correspondientes a los meses de enero, febrero y marzo del año 2015 (Ver fs. 8/9 y 92).- \nEn este sentido la jurisprudencia ha dicho: "A fin de acreditar el monto de los llamados "pagos en negro" no se deben aplicar principios rígidos. Si bien es el trabajador quien debe probar cuando afirma que cobrara una remuneracion mayor que la consignada en los recibos de sueldo, esto no quita que el empleador deba asumir la carga probatoria que resulta del cpr: 377-2° parr. Y de la ley 20744: 55. (Cfr. Este tribunal, sala c, 30.9.03, "Romero de Silitti c/ MG Ingeniera S.A s/ Ord."; Cntrab, sala X, 19.7.02, "Lopez c/ Limpiamax SRL s/ Despido"; id. 26.2.01, "Cabrera, Ana c/ Velasco, Graciela s/ Despido"; id. 10.11.05, "Rizo, Rodolfo C/ Soleve SRL S/ Despido"; id. Sala IV, 26.3.91, "Castro, Luis c/ Tutundjian, Simon S/ Despido"). A mas, la situación creada en torno a esta forma de percepcion salarial es compleja, debiendo ser resuelta en cada caso de acuerdo a sus particularidades, máxime teniendo en cuenta que la norma citada en último término no produce una inversión de la carga de la prueba sino una presuncion simple. Ello sentado, en el caso, de la prueba testimonial surge que, si bien los testigos dieron cuenta que la fallida abonaba salario en negro, no hay concordancia sobre la modalidad. En este marco, no es dable tener por acreditada en forma suficiente con esta prueba la obligacion del actor por lo que, a los fines indemnizatorios debera estimarse el salario que surge de los recibos y que coinciden con el registrado en los libros de la empleadora, el cual no fue desconocido por la incidentista y cumple con los requisitos legales exigidos en la lct: 140. Autos: ESTABLECIMIENTO RESCO S/ QUIEBRA S/ INCIDENTE DE REVISION -POR CAMONA BARRIOS ROSALINO-. - Ref. Norm.: L. 20744: 55. L. 20744: 140. - N° Sent.: 9655/07.- Mag.: KÖLLIKER FRERS- MIGUEZ- UZAL- Fecha: 14/08/2007.-

"\n---"En materia de reclamos por diferencias salariales se requiere como punto de partida y de modo indispensable pautas mínimas suficientes para que el sentenciante pueda pronunciarse sobre la validez del pedimento, exigencia insoslayable aun cuando el trabajador no esté inscripto en los libros y registros laborales del empleador o aquel carezca de los mismos o no los exhiba ya que la presunción iuris tantum a favor de sus afirmaciones, como la inversión del onus probandi sobre el monto y cobro de las remuneraciones (art. 39 decreto ley 7718/71), no operan cuando dichos montos son sólo objeto de reclamo global.Referencia Normativa: Dleb 7718 Art. 39 Scba, L 79120 S.- Fecha: 16/08/2006 Juez: Roncoroni (op) Caratula: Mansilla, Juan C. C/ Italsem S.A. Y Otra S/ Despido. Mag. Votantes: Negri- Soria- Kogan- Genoud- Hitters- De Lázzari-Roncoroni- Pettigiani.- SCBA, L 82586 S Fecha: 20/06/2007 Juez: Pettigiani (ma) Caratula: Sack, Silverio Anselmo C/ Klappenbach, Mario Eduardo Y Otros S/ Salarios, Etc. Mag. Votantes: Pettigiani- Kogan- Genoud- Hitters- Soria- Negri- De Lázzari-Roncoroni.-\n---También se dijo: "Las declaraciones testimoniales no resultan suficientes para acreditar la existencia de los pagos "en negro" y de las horas extras, si los dichos de los testigos no vienen acompañados de otro respaldo y se trata además de declarantes que han sido todos ex dependientes de la concursada. Además, el reconocimiento de los pagos no registrados requiere, por su naturaleza, de prueba contundente, terminante y asertiva (conf. Sala b, 8.4.99, "Aredelta SA S/ Quiebra S/ inc. De verif. Por Silva,Martin"; id. Sala e, 19.10.01, "Isturiz, Hugo Hector y otros C/ Empresa I.E. Liniers S.A S/ sumario"; entre otros). Autos: CENTRO DE DIAGNOSTICO DR. CATARINEU SA S/ CONC. PREV. S/ INC. DE VERIF. DE CREDITO POR TABOADA MABEL. - Nro Sent.: Causa: 25903/04. - Sala: A. - Mag.: PEIRANO- MIGUEZ- VIALE. - Fecha: 08/10/2004.-\n---Por lo expuesto corresponde en consecuencia durante el primer período, estarse al salario del actor que surge de los recibos de haberes glosados en autos y durante el segundo período al que surja de las escalas salariales vigentes para dicha época (enero y febrero 2016) correspondientes a la categoría profesional del actor, conforme fuera declarada durante su primer período (vendedor ) del CCT respectivo.-

---3.- Tampoco se encuentra acreditado que el Tren recreativo de marras -Tren de Paseo- durante el año 2016 haya comenzado a sus actividades a partir del día 7 de enero de dicho año. Ninguna prueba documental avala lo sostenido por la accionada, máxime cuando de los oficios cotestados por la Municipalidad local nada surge al respecto y la declaración testimonial de la Sra. Guzmán da por tierra con tal afirmación.-

III) DECISORIO:\n---Vienen estos autos al acuerdo a los fines de resolver acerca del reclamo salarial e indemnizatorio deducido por el Sr. Miguel Angel Chancharusso contra el demandado Ariel Ismael Barrios.-\n---a) En primer término me permito señalar que conforme surge claramente de la documental agregada en la causa, esto es Informes emitidos por la Subsecretaría de Tránsito y Transportes de la Municipalidad de San Carlos de Bariloche glosados a fs. 24; 109 y 111/114, al demandado, Sr. Ariel I. Barrios la Municipalidad local le otorgó un permiso -autorización- provisoria, desde el día 23 de AGOSTO DEL AÑO 2011a los fines que pudiera explotar el servicio recreativo Tren de Paseo.-\n---Textualmente el oficio dice: "El Departamento de Transporte informa que el Sr. Barrios Ariel ismael, DNI Nro 25.702.32 se encuentra con permiso que solicitó el día 23-08-2011, se le otorga autorización provisional, mediante nota firmada por el Secretario de Gobierno, del cual se adjunta copia".\nAimismo informa que durante el ultimo año no ha tenido transferencia ni solicitudes al respecto". Fdo José Luis Venturi A/C Dirección de Despacho legal y Técnica .Municipalidad de Bariloche.-\n---Por otra parte los informes emitidos por el mismo Municipio y que fueron glosados a fs. 24 y 109 expresan que: "...el Titular de Servicios Recreativos Tren de Paseo es el Sr. Barrios Ariel Ismael ...y durante los últimos dos años no se han realizado cambios de titularidad;se encuentra autorizada en forma Previsional y según revisión Técnica habilitada para 41 plazas".-\n---Ello claramente acredita que el Sr. Barrios Ariel, demandado en autos, efectivamente a la fecha en que se tiene por probada como real fecha de ingreso del trabajador en su primer período (mediados del mes de septiembre del año 2014) ya se encontraba habilitado a los fines de prestar el servicio recreativo en el Tren de Paseo.-\n---b)- Conforme los hechos que he tenido por debidamente acreditados, ninguna duda queda en el sentido que el actor Sr. Miguel Angel Chancharusso prestó tareas para el accionado vendiendo y promocionando el tren de marras desde el Centro Cívico de esta ciudad. También se acreditó que repartía folleteria en distintos hoteles. A las declaraciones testimoniales detalladas en el capítulo precedente -puntos 2 y 3- en honor a la verdad me remito.-\n---En relación al primer período al cual se hace referencia, cabe señalar que efectivamente se acreditó que comenzó a prestar tareas en relación de subordinación y dependencia del demandado el mes de septiembre del año 2014 y lo hizo de manera ininterrumpida hasta el 31 de marzo del año 2015 (ver telegrama de renuncia de fs.3).- \n---La contundente prueba testimonial recibida en la audiencia de vista de causa, detallada en el punto 2 del Capítulo precedente me permiten formar convicción acerca de tales hechos ( art. 53 de

la Ley 1504).-En relación al segundo período invocado, y debidamente probado - respecto del cual me referiré mas adelante punto c)-, a lo ya expuesto en el capítulo anterior cabe agregar que, si bien es cierto -como señala la demandada en su alegato- que en el telegrama de intimación de fs. 4 el actor indica como nueva fecha de ingreso el 20 de enero 2016, -rectificada en demanda como fecha de ingreso el 1ro. de enero del año 2016-, no lo es menos que tanto al contestar demanda, como a lo largo de este proceso, incluída la audiencia de vista de causa, el accionado tuvo oportunidad procesal de ejercer su legítimo derecho de defensa, motivo por el cual -interpreto- la actora no ha incumplido con la manda dispuesta en el art. 243 de la Ley de Contrato de Trabajo.- En este sentido la doctrina ha dicho: "De este artículo surge que cuando se trata de las causas de despido existe una suerte de fijeza prejudicial. Ante la demanda que promoviera la parte interesada no se admite la modificación de la causal.-La exigencia legal no implica una detallada descripción de todas las circunstancias referidas a los hechos constitutivos de la injuria, sino que el recaudo legal se cumple haciendo saber al trabajador los hechos puntualizados que motivan el despido..." pg.434."-En el caso particular de autos, si bien es cierto que en el telegrama remitido por el trabajador al Sr. Barrios - obrante a fs. 3- indica que su fecha de ingreso es el 20 de enero, no lo es menos que dicho "error" fue corregido en demanda, lo que autorizó al accionado a ejercer su derecho de defensa a lo largo de todo el procedimiento.-Además de ello, de la simple lectura de dicha misiva y su contestación, se advierte claramente que la injuria, motivo por el cual el actor denunció el contrato, no fue por la "fecha de ingreso" exclusivamente sino porque el demandado **NEGO CATEGORICAMENTE LA EXISTENCIA DE LA RELACION DE DEPENDENCIA.**-Por consiguiente, interpreto que esa diferencia en cuanto a la real fecha de ingreso del trabajador, en su segunda etapa laboral- no ha violentado la disposición del art. 243 de la ley de Contrato de Trabajo y por consiguiente, atento haberse acreditado en autos que el Sr. Chancharusso trabajó efectivamente el día 1ro. de enero del año 2016, será ésta la fecha que tengo por debidamente acreditada como fecha de inicio de la segunda etapa laboral del trabajador.-A los fundamentos expuestos en el punto 2 del capítulo precedente en honor a la brevedad me remito.-c) Ahora bien, sentado entonces que el actor efectivamente cumplió las tareas de promoción y venta referidas al servicio recreativo del tren de marras, corresponde determinar si las mismas lo han sido o no en relación de dependencia y subordinación del accionado Ariel Isamel Barrios durante el segundo período señalado en demanda.-Sabido es que no resulta tarea fácil determinar en

ciertos casos si ha existido o no una verdadera relación de dependencia, motivo por el cual el juzgador debe extremar la prudencia al examinar la prueba rendida en autos y a su vez integrarla y valorarla junto con los principio que rigen el derecho del trabajo, entre ellos el principio de primacía de la realidad como las presunciones dispuestas por ley.

En este sentido me permito transcribir el comentario al Artículo 23 de la Ley de Contrato de Trabajo que realiza la Dra. Carina Suarez en su obra Ley de Contrato de Trabajo comentada concordada y anotada. Ed García Alonso Año 2014, pg.60/61 al decir: "Son prácticamente ilimitadas las hipótesis de divergencia entre las apariencias y la realidad. Visto ello el derecho laboral recepta el principio de primacía de la realidad para resolver con verdad los casos concretos.

Este artículo es una consecuencia práctica del principio de primacía de la realidad del derecho laboral, cual es que caso de duda razonable lo que se busca es estar siempre a favor de la existencia del contrato de trabajo. Expresamente se establece: el hecho de la prestación del servicio hace presumir la existencia del contrato de trabajo, salvo que por la circunstancia, la relación o causa que lo motiven se demostrase lo contrario.

En definitiva, la intención del legislador es que en caso de duda y probada la existencia de una prestación personal se esté en favor de la existencia del contrato.

Esta primacía de los hechos sobre las formas, las formalidades o las apariencias significa que en materia laboral importa lo que ocurre en la práctica, mas que lo que las partes hayan pactado en forma mas o menos solemne expresa o lo que luzca en documentos, formularios, instrumentos de contralor.

Se trata de la vigencia de los hechos sobre las formas.

En la hipótesis del primer párrafo del artículo la prestación de servicios hace presumir la existencia de contrato de trabajo. Por lo tanto, aún en el caso que no se haya celebrado formalmente un contrato de trabajo, el hecho de la relación, hace presumirlo y se le aplican todas las consecuencias jurídicas de un vínculo laboral..."

Para justificar este principio, Plá Rodríguez señala los siguientes fundamentos: a) En primer término, la buena fe. La realidad refleja necesariamente la verdad. La documentación puede reflejar la verdad, pero también puede reflejar la ficción dirigida a disimular o esconder la verdad con el objeto de eludir el cumplimiento de las obligaciones legales o de obtener provecho ilícito. Afirmar invariablemente el imperio de la realidad -que es lo mismo que decir, el imperio de la verdad- equivale a rendir tributo de la buena fe, que inspira y sustenta todo el orden jurídico, como una exigencia indispensable de la propia idea de justicia.

b) En segundo término, la dignidad de la actividad humana dado que el efecto principal del contrato es la prestación de la actividad humana, parece claro que ese hecho -que, en algún grado,

participa de la dignidad procedente de la naturaleza humana- debe primar sobre un elemento puramente intelectual y especulativo como puede ser el texto de un contrato. No se trata de sacar conclusiones o de deducir consecuencias en un plano documentado o formal, sino de regular efectivamente hechos que se producen en la realidad. En tercer término la desigualdad de las partes. Es ampliamente conocida la situación de desigualdad que normalmente separa a las partes en el contrato de trabajo.... Pese al esfuerzo para equilibrar la fuerza a los efectos de la elaboración de las normas generales, en la práctica la posibilidad de abusos a nivel individual y en el plano de la aplicación, subsiste. Cada trabajador no suele tener independencia para discutir de igual a igual con su empleador, para que los documentos que reflejen el contenido del contrato se ajusten plenamente a la realidad. La forma de corregir toda posible anomalía es ese sentido consiste justamente en darle prioridad a lo que ocurre en la práctica...". En concordancia con lo expuesto, la totalidad de la prueba rendida en autos, aplicando de manera concreta la presunción dispuesta por ley -Art.23 L.C.T- avalada por los principios tuitivos del derecho laboral, y especialmente el referido a la primacía de la realidad, en el sentido de dar preferencia a lo hechos en caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que surge de los documentos suscripto por las partes, he formado íntegra convicción en el sentido que efectivamente el Sr. Miguel Angel Chancharusso trabajó en relación de subordinación y dependencia del Sr. Ariel Isamel Barrios durante los dos períodos señalados en el capítulo precedente y en las fechas antes indicadas. Esto es desde mediados del mes septiembre del año 2014 hasta el 31 de marzo del año 2015 (sin perjuicio del telegrama de fs. 3) y desde el 1ro. de enero del año 2016 hasta el 17 de febrero del mismo año, fecha en la que le fueron negadas las tareas.-

En relación a esta última fecha en la que doy por acreditado que a partir de allí el actor no prestó mas tareas y finaliza la reconocida relación de dependencia, ello es así ,en directa conexión con lo expuesto no sólo a tenor del principio de primacía de la realidad, (sin perjuicio del telegrama obrante a fs. 7) sino porque además es la propia actora quien toma dicha fecha como distracto a los fines de efectuar la liquidación (ver fs.15). Es decir el mes de febrero del año 2016. En consecuencia, habiendo el actor denunciado el contrato el que por su gravedad impedía la prosecución de la relación laboral, surgiendo que le fue negada la prestación de tareas, en clara violación con lo dispuesto por el Art. 78 de la L.C.T., como su registro laboral en debida forma conforme las reales condiciones de labor, autorizó a éste a considerarse despedido y en

consecuencia acreedor a las indemnizaciones que por ley le corresponden a tenor de los arts. 232; 233 y 245 cc y ss. de la LCT.-\n---d) En cuanto a la jornada laboral del trabajador tengo por debidamente acreditado que durante el primer período laboral ha cumplido jornada completa y durante el segundo período laboral media jornada. Me remito a lo expuesto en el capítulo precedente puntos 2 y 4.-\n---e) Por último y en relación a la remuneración del trabajador, atento no haberse acreditado de manera suficiente la modalidad descripta en el escrito de inicio ni del valor diario percibido, debo estar al salario que surge de los recibos de haberes glosados en autos acompañados por la actora a fs. 8/9 y las fotocopias glosadas en oportunidad de llevarse a cabo la audiencia de vista de causa (ver fs.92) en relación al primer período.-

---En cuanto a la remuneración que corresponde asignarle al actor durante el segundo período cabe señalar que la misma debe tomarse conforme categoría profesional del actor determinada durante el primer período de prestación de tareas la cual debe ser considerada conforme escala salarial establecida en dicha fecha (enero-febrero 2016) de acuerdo al convenio colectivo que rige la actividad CCT 130/75 correspondiente a media jornada de trabajo.- \n---Al análisis efectuado en el capítulo precedente en cuanto a la valoración de la totalidad de la prueba que acredita lo dicho, en honor a la brevedad me remito.-\n---En síntesis y por todo lo precedentemente expuesto propongo al Acuerdo:\n1.- Hacer lugar parcialmente a la demanda y condenar al accionado ARIEL ISMAEL BARRIOS a abonar al actor las sumas que surjan de la liquidación que al efecto deberá practicar la actora dentro del término de 5 días de quedar firme la presente por los rubros detallados en demanda a fs. 15. Ellos son a saber: haberes de febrero/16; integración mes febrero 2016; Sac s/ integración; antigüedad (un mes); preaviso; sac s/ preaviso; liquidación final correspondiente al año 2016, un día feriado del año 2016, diferencias salariales de liquidación final correspondientes al primer período trabajado (15-9-2014 al 31-3-2015) con más el SAC proporcional correspondiente al año 2014.-\n2.- También han de prosperar las multas previstas en los arts 8, y 15 de la Ley 24013. Ello así toda vez que debidamente intimado el accionado no dió cumplimiento a la registración laboral en debida forma. Habiéndose acreditado dichos extremos, y remitido copia de intimación a AFIP, tal lo que requiere la normativa citada, corresponde hacer lugar sin más a las multas allí previstas. Se rechaza en cambio la pretendida aplicación del art.10 del citado cuerpo normativo en tanto no se han acreditados los extremos fácticos para ello.-\n3.- Idéntico criterio corresponde aplicar en relación a la multa reclamada a tenor del Art. 80 L.C.T. Resulta evidente la obligación

del empleador de hacer entrega de dicha certificación dentro del término de 30 días de finalizada la relación laboral. Queda claro que en autos respecto del primer período no sólo que fue entregado de manera tardía -esto es en oportunidad de llevarse a cabo la audiencia de vista de causa (15-12-2016) que fuera glosado a fs. 93/95-, sino que además el mismo no trasluce las reales condiciones laborales del actor conforme todo lo precedentemente expuesto.-

---Por otra parte y dado que la relación laboral no se encontraba registrada, igualmente corresponde la aplicación de dicha multa.-

---Tal lo resuelto por el Tribunal en el antecedente "Grosnik Vasquez C/ Morel..." Expte Nro 25867/14 y que fuera concordante con lo oportunamente resuelto por el Superior Tribunal de Justicia en autos caratulados: "Sierra". Allí dijimos: "...Por otra parte cabe señalar que frente a situaciones como las de autos, se ha expedido en este sentido el 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 y allí textualmente señaló: "En otro orden, la actora también se agravia porque no se hizo lugar a la procedencia de la indemnización prevista por el art. 80 de la LCT para el supuesto de falta de entrega del certificado de trabajo. La norma en cuestión establece: "Cuando el contrato de trabajo se extinguiere por cualquier causa, el empleador estará obligado a entregar al trabajador un certificado de trabajo, conteniendo las indicaciones sobre el tiempo de prestación de servicios, naturaleza de éstos, constancia de los sueldos percibidos y de los aportes y contribuciones efectuados con destino a los organismos de la seguridad social. Si el empleador no hiciera entrega de la constancia o del certificado previstos respectivamente en los apartados segundo y tercero de este artículo dentro de los dos (2) días hábiles computados a partir del día siguiente al de la recepción del requerimiento que a tal efecto le formulare el trabajador de modo fehaciente, será sancionado con una indemnización a favor de este último que será equivalente a tres veces la mejor remuneración mensual, normal y habitual percibida por el trabajador durante a el último año o durante el tiempo de prestación de servicios, si éste fuere menor. Esta indemnización se devengará sin perjuicio de las sanciones conminatorias que para hacer cesar esa conducta omisiva pudiere imponer la autoridad judicial competente" (conf. Ley 20744, modificada por ley 25345, art. 45, que incorporó el último párrafo B.O. 17-11-00).- -Es claro -a mi juicio- que al eximir el pago de dicha indemnización con fundamento en las particulares circunstancias bajo las cuales se desarrolló la relación jurídica entre las partes, la Cámara ha procurado liberar al

demandado del riesgo que le significaría asumir el pago íntegro de la indemnización por la falta de entrega del certificado, como consecuencia necesaria e inevitable de haber obtenido un resultado contrario a la posición por él asumida durante el debate sobre la naturaleza jurídica del vínculo (relación de dependencia o locación de servicios). Cabría entonces transitar aquí por reflexiones similares a las ya efectuadas en relación con la indemnización del art. 1 de la ley 25323 en los casos en que la caracterización del vínculo como dependiente no está exenta de duda, con la diferencia de que en este caso en particular no hay margen legal para introducir soluciones morigeradoras ni para sustraerse al pago del resarcimiento contemplado en la propia literalidad de la norma.- En este sentido, cabe destacar que el párrafo introducido por el art. 45 de la ley 25345 no contempla la facultad judicial de reducir prudencialmente el incremento indemnizatorio o eximir de su pago si hubieran existido causas que justificaren la conducta del empleador.-Finalmente, pongo de resalto que, si alguna eventual duda pudiera surgir en la intelección de las normas del caso, entraría a terciar decisivamente el art. 9 de la LCT, lo que en síntesis finiquita la cuestión a favor del trabajador...." A. Balladini- L.Lutz- V Sodero Nievas...".-

---4.- Rechazar la multa prevista en el Art. 2 de la Ley 25323 por cuanto la misma no resulta acumulativa con la prevista en el Art. 15 de la Ley 24013.-

---5.- Intereses: A la suma resultante de la liquidación de autos corresponde aplicarle los siguientes intereses: A una tasa del 24% anual hasta el 31 de diciembre del año 2014 en relación a los importes adeudados a esa fecha. A una tasa del 36% anual desde el 1ro. de enero del año 2015 hasta el 31-8-2016 conforme criterio uniforme de este tribunal.-\n--- Ahora bien, a partir de dicha fecha, nuestro Máximo Tribunal Provincial, ha sentado nueva doctrina legal con relación a la tasa de interés aplicable, la que resulta de consideración obligatoria para este Tribunal en virtud de lo dispuesto por el Art. 43 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.-

Así 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, el Superior Tribunal de Justicia ha dicho: "En consecuencia, propiciamos al acuerdo establecer como nueva doctrina legal, con los alcances previstos en el art. 43 de la Ley 2430 que, a partir del 01-09-2016, las sumas de dinero reconocidas en sentencias judiciales sean ajustadas de conformidad con la tasa vigente en el Banco de la Nación Argentina para prestamos personales libre destino, en operaciones de hasta 36 cuotas mensuales...", lo cual evidentemente implica una clara y

sustancial diferencia con la tasa aplicada hasta la fecha por esta Cámara (cf. pag. web del BNA asciende a la fecha al 47%).- \n--- Por ello, a partir del 1/9/16 y hasta el efectivo pago deberá calcularse la tasa vigente en el Banco de la Nación Argentina "para préstamos personales libre destino, en operaciones de hasta 36 cuotas mensuales".- \n5.- Rechazar el reclamo de horas extras en su totalidad como de feriados y francos correspondientes al primer período de trabajo.- \n6.- Rechazar el pedido de plus petición inexcusable solicitado por la demandada atento los términos en que ha sido dictada la presente resolución en tanto no se ha reclamado en juicio derecho sin fundamento alguno.-

7.- Imponer las costas en su totalidad a la demandada vencida conforme lo dispuesto por el art. 68 del C.P.C.C. de aplicación supletoria en el fuero en tanto no encuentro motivo que me autorice a apartar del principio general de la derrota, toda vez que sin perjuicio de rechazarse algunos rubros reclamados en demanda corresponde atender el principio de integralidad en la aplicación de las costas y honorarios profesionales.- \n8.- Regular los honorarios profesionales correspondientes a la Dra. Irene Da Silva Evora en su doble carácter por la parte actora en el 16% + 40% de la suma que surja de la liquidación de autos y los de la Dra. Ana Lía Aldana en su carácter de letrada patrocinante del demandado en el 14% de la suma que surja de la liquidación a practicarse conforme lo dispuesto por los arts. 6, 7, 8, 9 y cc. L.A.- Todo ello con más el IVA en caso de corresponder.- \nLa totalidad de las sumas adeudadas deberán ser canceladas en el término de diez días de quedar firme la liquidación de autos.-

9.- Por Secretaría practíquese liquidación de impuestos y sellados conforme ley.-

---Mi voto.-

---A la misma cuestión planteada, el Dr. Carlos D. Rinaldis dijo:

---Compartiendo los fundamentos y consideraciones expuestas por mi distinguida colega preopinante, adhiero al voto de la Dra. Alejandra M. Paolino.-

Mi voto.-

---A idéntica cuestión planteada, el Dr. Jorge A. Serra dijo:

---Por compartir lo expuesto por mis colegas preopinantes, adhiero al voto de la Dra. Alejandra M. Paolino.-

Mi voto.-

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

---I) Hacer lugar parcialmente a la demanda y condenar al accionado ARIEL ISMAEL

BARRIOS a abonar al actor las sumas que surjan de la liquidación que al efecto deberá practicar la actora dentro del término de 5 días de quedar firme la presente por los rubros e intereses establecidos en los considerandos, con más las multas previstas en los Art. 80 L.C.T, arts 8, y 15 de la Ley 24013.

---II) Rechazar la solicitud de aplicación de los arts. 10 de la Ley 24013 y 2 de la Ley 25323 por los fundamentos expuestos precedentemente.\n---III) Rechazar el reclamo de horas extras en su totalidad como de feriados y francos correspondientes al primer período de trabajo.-\n---IV) Rechazar el pedido de plus petición inexcusable solicitado por la demandada atento los términos en que ha sido dictada la presente resolución en tanto no se ha reclamado en juicio derecho sin fundamento alguno.-

---V) Imponer las costas en su totalidad a la demandada vencida conforme lo dispuesto por el art. 68 del C.P.C.C. de aplicación supletoria en el fuero en tanto no se encuentra motivo alguno que autorice a apartarse del principio general de la derrota, toda vez que sin perjuicio de rechazarse algunos rubros reclamados en demanda corresponde atender el principio de integralidad en la aplicación de las costas y honorarios profesionales.-\n

--VI) Regular los honorarios profesionales correspondientes a la Dra. Irene Da Silva Evora en su doble carácter por la parte actora en el 16% + 40% de la suma que surja de la liquidación de autos y los de la Dra. Ana Lía Aldana en su carácter de letrada patrocinante del demandado en el 14% de la suma que surja de la liquidación a practicarse conforme lo dispuesto por los arts. 6, 7, 8, 9 y cc. L.A.-Todo ello con más el IVA en caso de corresponder.-\nLa totalidad de las sumas adeudadas deberán ser canceladas en el término de diez días de quedar firme la liquidación de autos.-

---VII) Por Secretaría practíquese liquidación de impuestos y sellados conforme ley para dar cumplimiento a lo dispuesto por los arts. 39 y 40 de la ley 5174, el art. 71 y ss. del Código Fiscal y la acordada 10/03 del STJ.-

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

ALEJANDRA M. PAOLINO CARLOS D. RINALDIS

Juez de Cámara Juez de Cámara

JORGE A. SERRA

Juez de Cámara

Ante mi:

J. A. De Marinis

Secretario de Cámara