

Contrato De Trabajo Medico De Cabecera De Obra Social Inexistencia De Relacion De Dependencia Policia Incompatibilidad

JURISPRUDENCIA

Contrato de trabajo. Médico de cabecera de obra social. Inexistencia de relación de dependencia. Policía. Incompatibilidad

Se confirma el rechazo de la demanda por despido, deducida por un médico de cabecera de una obra social -además de policía-, pues no se probó que el profesional haya percibido remuneración mensual más o menos variable ni que haya existido la facultad de verificación, inspección y control por parte del demandado de la actividad del médico.

Rosario, 22 de agosto de 2019.- Visto, en acuerdo de la Sala ?A?, el expediente N° FRO 12084863/2005, caratulado ?SALUSSO, RICARDO ANTONIO c/ INSSJP (PAMI) s/ INDEMNIZ. ART. 212?, proveniente del Juzgado Federal N° 1 de la ciudad de Rosario.

Vinieron los autos en virtud del recurso de apelación interpuesto y fundado por la actora (fs. 232/234) contra la sentencia del 20 de diciembre de 2017 (fs. 219/229), que rechazó la excepción de prescripción incoada por la demanda, con costas (arts. 68 y 69 del C.P.C.C.N. conf. Art. 155 de la ley 18.345) y las demandas interpuestas por el Sr. Ricardo Antonio Salusso contra el Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados (INSSJP - PAMI) e impuso las costas en el orden causado.

Concedido el recurso (fs. 231), se corrió el respectivo traslado, el que fue contestado a fojas 242/243. A fojas 250 se recibieron los presentes, que por sorteo informático quedaron radicados en esta Sala ?A?, encontrándose los autos en condiciones de resolver (fs. 251).

El Dr. Aníbal Pineda dijo: La recurrente se agravió de la sentencia de primera instancia en cuanto dijo que el grado de comisario inspector era una posición de responsabilidad contemporánea con la mayor parte del tiempo que alegó haber sido empleado del INSSJP. Destacó que el Sr. Salusso realizaba las dos actividades con la misma responsabilidad en ambas, ya que en la Policía cumplía sus labores profesionales como Jefe del Servicio Médico de lunes a viernes de 9 a 12hs. y en el Policlínico Belgrano SRL de lunes a viernes de 15 a 21hs. y los sábados de 8 a 12hs. Ilustró que entre una jornada laboral y otra existía un lapso de tres horas, tiempo que consideró por demás conveniente, para inferir que el actor podía cumplir con ambas responsabilidades sin que una interfiriera con la otra.

Alegó que el magistrado incurrió en un error grosero al aseverar que se acreditó también que el actor atendía pacientes privados en el mismo horario de atención reservado para el PAMI. Ello por cuanto a fojas 25 la demandada explicó que al carecer de instalaciones propias, contrata con terceros los servicios de primer nivel de atención (AMBULATORIO- médicos de cabecera, análisis clínicos, odontólogos y diagnóstico por imágenes...) prestaciones que se desarrollaban en el Policlínico Belgrano SRL según lo informado por el titular de la clínica que se encuentra en Belgrano 1883 de la ciudad de Pérez.

Por otra parte se agravió de lo dispuesto en el punto 3) en cuanto a la falta de pruebas que acrediten el vínculo, ya que sostuvo que esa presunción está corroborada por la Providencia 2541/97/SGDR firmada por el gerente de atención de la salud del instituto, con registro en Recursos Humanos, donde estableció...?Tratan los presentes actuados sobre el pedido de confirmación del Dr. Ricardo Antonio Salusso (leg 901264) en el cargo de Jefe de Departamento Prestaciones Médicas. El mencionado profesional se desempeñó como médico de cabecera desde 1973 hasta diciembre de 1996... (disposición agregada a fojas 186 en fecha 29 de octubre de 2007).

Sostuvo que yerra el a quo al considerar que existió una locación de servicios, ya que en el caso se configura la presunción legal ?iuris tantum? de la que se deduce la presencia de un contrato de trabajo cuando se acredita que ha existido una prestación de servicio y que ello produce la inversión de la carga de la prueba, siendo el empleador quien deberá acreditar que la prestación no tuvo como causa un contrato de trabajo. Destacó que la empleadora en ningún momento detalló en qué diferenció la prestación de servicio desde el 1 de agosto de 1995 que justificara el cambio en el registro laboral del actor.

En cuanto a la incompatibilidad mencionada arguyó que en el presente caso se trata de una excepción (profesional del arte de curar) establecida en el artículo 10 del decreto 8566/1961.

En relación al actuar que se le imputa al trabajador advirtió que éste no incurrió en ninguna falta, ya que conocía las condiciones en que se debía regir la relación laboral entre las partes, que uno de los requisitos era mantener actualizada la declaración jurada, cuestión que permitía verificar la existencia de incompatibilidades en el ámbito laboral y tal declaración fue realizada por el actor en el año 1995.

Adujo que ante la presentación de la declaración jurada la accionada debió, dada la infracción, considerar la entidad de la falta cometida y el perjuicio que ésta le infería ya sea por la existencia de alguna incompatibilidad o por superposición horaria y no despedir sin más al dependiente. Aclaró que las declaraciones juradas fueron presentadas por el actor todos los años informando la percepción del beneficio previsional. Consideró que lo dispuesto no se condice con lo establecido en el artículo 1 del Decreto 894/01 en concordancia con el artículo 8566/61 arts. 10 y 9.

Explicó que el actor realizó las declaraciones juradas anualmente informando que percibía un retiro por sus trabajos en la Policía de la Provincia de Santa Fe, que los organismos de control no realizaron las intimaciones pertinentes, sólo lo hicieron en fecha 21 de junio de 2005 y el despido fue en fecha 2 de junio de 2006 y que las autoridades consintieron tal condición y

la causal invocada resulta extemporánea por más de 7 años. El despido se produce dentro del plazo de 2 años de intimada la regularización del contrato de trabajo por Ley 24.013. Concluyó diciendo que el incumplimiento que motivó la denuncia del contrato es un ilícito contractual y que el trabajador se vio obligado a litigar judicialmente para perseguir el cobro de las indemnizaciones referidas debido a la conducta de reticencia a abonar dichos conceptos asumida por la accionada. Solicitó se proceda a realizar nueva liquidación y se revoque la sentencia apelada, con costas a la contraria. Y Considerando; 1- La actora incoa dos demandas que se encuentran unidas por cuerda. Reclama diferencia de adicional por antigüedad, indemnización artículo 8 de la Ley 24.013, indemnización ley 25.345, intereses y costas, y la certificación de servicios, derivación de aportes de obra social y de pago de aportes jubilatorios. Por otra parte, en las actuaciones iniciadas en el año 2008, ?SALUSSO RICARDO ANTONIO C/ INSSJP (PAMI) S/ INDEMNIZ. ART. 212? Nº 12085968/2008, requiere indemnización artículo 245 LCT por 34 años, indemnización sustitutiva de preaviso, indemnización artículo 15 de la ley 24.013, indemnización ley 25.345, sueldo de junio y SAC, e indemnización artículo 132 bis LCT, con intereses y costas y la certificación de servicios, derivación de aportes de obra social y de pago de aportes jubilatorios. En lo que respecta a esta primer causa no se encuentra controvertido que el Sr. Salusso comenzó a trabajar como médico de cabecera del PAMI el 01/01/1973 a través de un contrato de locación de servicios, siendo registrado como empleado en relación de dependencia el año 1995. En fecha 06/12/2004 remitió telegrama nº ... intimando la regularización de su contrato de trabajo a fin de que se declarara que durante el periodo 1973-1995 también laboró bajo sus órdenes. Posteriormente, en fecha 06/04/2005 el PAMI dio inicio al expediente administrativo nº 200-2005- 00878-0-0000 sobre ?presunta incompatibilidad con cobro retiro? donde tras informar al actor la incompatibilidad en la que se encontraba (art. 1 decreto 894/01) e intimarlo a ejercer la opción dispuesta en el artículo 2 de dicho decreto, dispuso su despido mediante resolución nº 620 de fecha 26/05/2006. La cuestión a dilucidar se centra, en primer lugar, en determinar la naturaleza jurídica que revistió la relación que unía a las partes entre los años 1973-1995. Este Tribunal ha dicho que ?no son las declaraciones de los contratantes las que determinan la naturaleza del contrato, sino que éste surge del contexto de derechos y obligaciones que asumen las partes ...? (Fallos nros. 41/85C y 805/96, en tal sentido también Fallos de la Cámara Nacional de Apelaciones de Trabajo ?Chiappe, Reinaldo G. c/ Pami s/ despido? del 27/12/94 y ?Judkin, Isaac c/ Pami s/ despido? del 30/6/93). En el presente caso, no es factible considerar que la sola "prestación de servicios" torne procedente presumir la existencia de un contrato de trabajo, sin previamente considerar -ni evaluar- la excepción que el artículo 23 de la LCT contempla; esto es, "las circunstancias", "las relaciones" y "las causas que lo motiven"; elementos o parámetros claves para encuadrar jurídicamente el tipo de relación en lo que hace a su esencia: la dependencia subordinada. Es decir, se trata de pautas que se deben extraer de la realidad del comportamiento y de las conductas de las partes, tanto de quien presta el servicio como de quien lo recibe. Al respecto, A. Vázquez Vialard al analizar este tipo de vinculación ("Situación jurídica del médico de cabecera del programa de atención médica integral (PAMI)", ED, t. 171, p. 467/477) explica que "... una regla fundamental para facilitar la distinción entre las relaciones propias del derecho del trabajo y las otras, es tener en cuenta que, en el primer caso, lo que una persona pone a disposición de otra, es su capacidad de trabajo que ésta recibe y dirige. En cambio, en las otras formas contractuales, lo que se pacta es una locación de servicios, es decir, no específicamente una actividad humana, sino una obra, la que por supuesto debe realizarse a través de trabajo humano... Ello significa que no toda relación en la que el deudor cumple su débito a través de una prestación personal, debe ser encasillada dentro del derecho del trabajo..." (p. 470/471). Continúa diciendo que, "... surge patente que lo que se ha convenido es la prestación de un servicio a los afiliados del Instituto, a través del cual el facultativo asume una obligación de medio (no de resultado), a fin de realizar una tarea, en el caso, ocuparse de la atención médica de aquéllos. Es indudable que a fin de establecer el mecanismo para efectuar la prestación, es posible que se adopten actitudes o procedimientos que pueden ser normales en la prestación laboral, pero que no hacen a lo esencial de la misma. Entendemos que en estos casos, como en otros, es fundamental ver la finalidad de la relación poniendo, por supuesto, especial interés en evitar que se consuman fraudes. Ello, en modo alguno, puede llevar a que por cuanto se dan elementos propios del contrato de trabajo, sin más haya que considerar que la relación deba ser encasillada dentro de esa figura". (p. 472) "...Es indudable que para determinar la naturaleza de una relación jurídica, quien lo hace debe basarse en los signos que se manifiestan, pero los mismos deben ser valorados en conjunto, no sólo aislados, y teniendo como telón de fondo cuál ha sido la voluntad de las partes..." (p. 473). No surge de autos que el profesional haya percibido remuneración mensual más o menos variable, lo que podría haberse comprobado con una pericia contable (prueba ofrecida y posteriormente desistida por la misma actora) como lo expuso el magistrado, ni que haya existido la facultad de verificación, inspección y control por parte del PAMI de la actividad del médico. Es decir, no quedó demostrada la existencia de una subordinación económica y jurídica respecto de la demandada. Por otra parte, el Sr. Salusso era empleado de la Policía de la Provincia de Santa Fe, institución a la que ingresó como agente en el año 1961, donde desempeñó funciones con distintos grados, como por ejemplo, Oficial Principal, Sargento, Oficial Subayudante, Oficial Ayudante, y finalmente Jefe del Servicio de Sanidad desde el año 1982, siendo asimismo propietario del Policlínico Belgrano

SRL donde prestaba sus servicios (cfr. fs. 99 y 104). Es decir que entre los años, 1973-1995- periodo reclamado- cumplía también funciones en la Policía de la Provincia. A mayor abundamiento, se encontraba inscripto al Impuesto a las Ganancias desde el 01/07/1987 y al IVA desde el 01/12/1990 (fs. 104), lo que demuestra que los gastos corrían por su cuenta. Todo lo señalado precedentemente conduce a descartar que el vínculo habido entre el apelante y el INSSJP haya constituido una relación de empleo en los términos de la LCT, correspondiendo confirmar la sentencia apelada en este punto. Respecto a la causal -incompatibilidad por percibir un retiro como Policía de la Provincia de Santa Fe conjuntamente con la actividad del arte de curar - alegada por el Instituto para despedir al Sr. Salusso, el decreto 8566/61 en su artículo 1º, con el agregado incorporado por el decreto 894/01, dispone: "El desempeño de una función o cargo remunerado o prestación contractual con o sin relación de dependencia, bajo cualquier modalidad en la Administración Pública Nacional, es incompatible con la percepción de un beneficio previsional o haber de retiro proveniente de cualquier régimen de previsión nacional, provincial o municipal. La referida incompatibilidad se aplicará con independencia de las excepciones específicas que se hayan dispuesto o se dispusieren respecto del presente decreto, sus modificatorios y complementarios". Es decir, el citado decreto, aplicable al personal del Instituto, en virtud de la normativa citada por el a quo, prevé el distracto como sanción a situaciones de incompatibilidad como la de autos, siendo su finalidad evitar el cobro de dos emolumentos -uno en concepto de retiro y otro remunerativo- provenientes ambos del erario público, lo que sucedió en el sub lite. No corresponde aplicar la excepción solicitada por la recurrente, dispuesta en el artículo 10 del decreto mencionado, el que establece: "los profesionales del arte de curar pueden acumular cargos de esa naturaleza en las condiciones indicadas en el artículo 9 del presente capítulo...". La literalidad de las normas referidas hace indiscutible la aplicación de las incompatibilidades descriptas al caso, no correspondiendo la excepción mencionada atento no tratarse el presente de acumulación de cargos. Cabe recordar que en el dictamen del Procurador Fiscal en el precedente "Saralegui", que la Corte hiciera casi íntegramente suyo, se ha dicho que la legislación sobre incompatibilidades de los funcionarios públicos, data de 1932, a través del Decreto 1134, mientras que la ley de creación del INSSJP, prevé en su artículo 14 bis, incorporado por el artículo 4 de la ley 19.465 de 1972, que "El presidente, los directores y el personal del instituto estarán sujetos a las mismas disposiciones sobre incompatibilidad que rijan para los agentes de la administración pública nacional". Esta norma se encontraba vigente al inicio del vínculo laboral del apelante con la accionada. También lo estaba el Decreto 8566/61 que resultó modificado por el Decreto 894/01 cuya subsidiaria inconstitucionalidad articuló la recurrente. Sin embargo, la norma mencionada resultó tenida por constitucional por la CSJN en el precedente de fecha 14 de febrero de 2006. Por otra parte el artículo 253 de la L.C.T., establece que: "En caso de que el trabajador titular de un beneficio previsional volviera a prestar servicios en relación de dependencia, sin que ello implique violación a la legislación vigente, el empleador podrá disponer la extinción del contrato invocando esa situación, con obligación de preavisarlo y abonar la indemnización en razón de la antigüedad prevista en el artículo 245 de esta ley...". Así, esta Sala ha interpretado este precepto a contrario sensu, infiriendo que no habrá lugar a indemnización alguna en un caso como el presente en el cual la continuidad de prestación violó la legislación vigente, y el demandante que pudo haberlo remediado no lo hizo (cfr. autos: "Bonaudi Jorge c/ I.N.S.S.J.P. s/ Demanda Laboral, de fecha 11/09/2008). De lo expuesto se infiere que no puede coexistir legalmente la percepción del haber jubilatorio con la de la remuneración abonada al actor por el instituto como trabajador activo. Ante esta situación y la reticencia a optar-cfr. art.2 del mencionado decreto- del Sr. Salusso, el INSSPJ puso fin a la irregular situación, concluyendo el vínculo con aquél. No resulta excluyente de su responsabilidad el hecho del no ocultamiento por parte del trabajador de la situación ilegal en que se encontraba, porque estaba percibiendo dos tipos de remuneraciones en contra de la legislación vigente y a sabiendas. Las infracciones a las normas no se superan con el mero reconocimiento de que se las está vulnerando, lo que se requiere es actuar en consecuencia para remover la causa del conflicto entre la conducta humana y la previsión legal (cfr. fallo ut supra mencionado dictado por esta Sala). En lo que refiere al agravio sobre la extemporaneidad del despido, se ha dicho que el juicio sobre la contemporaneidad depende de las circunstancias del caso. Así se ha resuelto que "Al disponerse el despido de un trabajador como sanción disciplinaria, la contemporaneidad que debe existir entre el hecho que lo originó, con la actitud del empleador de rescindir el vínculo, debe juzgarse según las circunstancias de cada caso, máxime si se trata de una empresa del Estado en la que resulta necesario una tramitación administrativa previa para que se compruebe la falta cometida" (Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, sala IX, en autos "Young, Mario R. c/ FE.ME.SA.", 31/08/1999, La Ley Online: 30000175). Del análisis de la causa considero, como lo expuso el a quo, que el despido ha sido tempestivo en tanto si bien la incompatibilidad existía, fue la declaración jurada de fecha 19/10/2004 la que dio lugar al despido, en fecha 26/05/2006. Consecuentemente, en función de las razones precedentes, sumadas a las brindadas por el juez de la anterior instancia, propongo al acuerdo rechazar los agravios de la apelante y confirmar el fallo venido en revisión, costas en el orden causado (Arts. 68 CPCCN y 155 ley 18.345) y que se regulen los honorarios de los profesionales actuantes ante la alzada en el ...% de lo que respectivamente se les regule en primera instancia. Así voto. El Dr. Fernando Lorenzo Barbará dijo: adhiero al voto del Dr. Pineda por cuanto comparto en lo sustancial sus fundamentos. Es mi

voto. Por tanto: SE RESUELVE: I) Confirmar la sentencia recurrida de fecha 20 de diciembre de 2017, obrante a fs. 219/229, en lo que ha sido materia de recurso. II) Imponer las costas de esta instancia por su orden (Arts. 68 CPCCN y 115 de la ley 18.345). III) Regular los honorarios de los profesionales actuantes en la Alzada en el ...% de lo que respectivamente se les regule en la primera instancia. Insertar, hacer saber, comunicar en la forma dispuesta por Acordada N° 15/13 de la C.S.J.N. y oportunamente devolver los autos al Juzgado de origen. No participa del acuerdo el Dr. Jorge Sebastián Gallino por haber cesado en sus funciones como juez subrogante a partir del 22 de diciembre del 2018 (Resolución C.M. 413/2017 del 23/11/2017 y Ac. CFAR 340/2018 del 29/11/2018).

ANIBAL PINEDA JUEZ DE CAMARA FERNANDO LORENZO BARBARA JUEZ DE CAMARA

Ante mi: Eleonora Pelozzi Secretaria de Cámara

043761E