

Despido Programa De Radio Estatuto Del Periodista Ley 12908 Subordinacion Laboral Humorista

JURISPRUDENCIA

En la Ciudad Autónoma de Buenos Aires,

a los 09 días del mes de JUNIO de 2020, se reúnen en acuerdo los jueces de la Sala VIII de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo para dictar sentencia en la causa del epígrafe, y, de acuerdo con el resultado del sorteo realizado, proceden a votar en el siguiente orden: EL DR. LUIS ALBERTO CATARDO DIJO: I.- La demandada ha apelado el pronunciamiento de la anterior instancia que, en lo fundamental, concluyó que existió el contrato laboral apuntado al demandar y que resultan aplicables al caso las normativas del Estatuto del Periodista, pues las tareas realizadas por el actor deben encuadrarse en el art. 2do. Primer párrafo de la ley 12.908. también se cuestionaron las regulaciones de honorarios de las partes y del perito contador. II.- Tanto la Magistrada de la anterior instancia como ambas partes realizaron enjundiosas referencias, tanto jurisprudenciales como doctrinarias, relativas a qué debe entenderse por subordinación laboral y, en definitiva, por contrato de trabajo. Se realizaron referencias precisas y cada parte, a su tiempo, caracterizó la relación habida entre los litigantes ora como independiente, ora como laboral, optando la Magistrada que me precediera por esta última acepción. Ello me obliga a incursionar, con detenimiento, en la diatriba. Veamos: no existen dudas sobre un tipo de prestación que desde el punto de vista externo no presenta diferencias apreciables, puede corresponder al campo del derecho laboral o comercial, según la relación que se da entre los sujetos que intervienen. De igual manera, no toda realización de tareas a favor de otro corresponde a una de carácter subordinado; la misma puede pertenecer al trabajo autónomo. Se impone pues, ante una situación concreta, desentrañar su esencia y extraer aquellos elementos que, con la lógica discrepancia entre doctrina y jurisprudencia, hacen a la vida misma del contrato de trabajo. Y hay un elemento esencial del contrato laboral que es la ?dependencia?. Parecería que subordinación y dependencia son términos sinónimos, aunque sería más conveniente reservar el primero, es decir ?subordinación?, para el aspecto jurídico y el segundo, ?dependencia?, para el aspecto económico. Pero más allá del aspecto semántico parece indiscutible que la dependencia hace a la esencia del contrato de trabajo y que la mayoría de los autores admite que se refiere a una sujeción o sometimiento a un empleador que sustituye o tiene posibilidad de sustituir la voluntad del trabajador y controlar, estando facultado a organizar el trabajo, asumiendo poderes disciplinarios y que se proyecta en un triple campo, aunque con muy distinto carácter. Así, encontramos frente a la dependencia jurídica (poder de dirigir del empleador y deber de obedecer del trabajador) la dependencia económica, que se perfila no solo en el hecho de que el trabajador requiere de una remuneración para poder subsistir, sino que además éste carece de autonomía necesaria para actuar por sí, sin tener que insertarse en una organización o estructura ajena (empresa - art. 5 LCT). Ahora bien; entiendo que, en general, se puede acudir a dos vías o formas de prueba del contrato de trabajo. La prueba inmediata o directa, que consiste simplemente en la acreditación fehaciente del ligamen en el juicio o a través de documentación laboral, de confesión de parte, etc. O la prueba indirecta o mediata, que surge de las disposiciones legales en vigor (art. 23 LCT) que han establecido una presunción ?iuris tantum? tendiente a acreditar el contrato de trabajo, sin que sea necesario demostrar en juicio cada uno de los caracteres configurantes del mismo. Como toda presunción, quien la invoque debe probar el hecho que le sirve de antecedente indispensable: la prestación de servicios a favor de la persona o empresa a la cual se atribuye el carácter de empleador. Pero debemos recordar que hay una condición para la operatividad de la presunción, consistente en que, por los elementos de juicio incorporados a la causa o las circunstancias del caso, no sea dado calificar como empresario a quien presta el servicio, dice el citado art. 23, párrafo 2do LCT. Esta condición de la ley nos permite sostener que no juega la presunción cuando quien presta el servicio trabaja por cuenta ajena, lo que trae como resultado que no haya dependencia económica y más bien aparezca como empresario. Recapitulando, la presunción puede ser invocada por quienes trabajan en subordinación económica. No puede alegarla, en cambio, quien trabaja por su cuenta, disponiendo de una organización de factores personales y recursos materiales e inmateriales para el logro de los fines que se ha propuesto. Ello es así, en razón de que las leyes laborales, su interpretación y aplicación y las presunciones legales y judiciales que se establecen, están previstas para el amparo del económicamente débil. Por ello, creo sin hesitación, que se impone considerar que, acreditada la prestación de servicios a favor de la persona a quien se demanda, en situación de dependencia económica, se presume el contrato de trabajo. Y la empresa demandada, debe destruir la presunción demostrando a su vez que no hubo subordinación jurídica (o en su caso que el contrato de trabajo no fue oneroso, por ser de índole recreativo, familiar, benévolo, religioso, artístico, etc.). Ahora bien: median discrepancias entre los tratadistas respecto de los alcances de otros elementos que no hacen la esencia, ni ?per se? tipifican al contrato de trabajo. Profesionalidad, contratación libre, exclusividad, son otros tantos elementos que según algunos autores sirven para definir el contrato en cuestión. Nosotros creemos que dependencia y permanencia no son elementos esenciales,

siendo los demás coadyuvantes para definir el contrato laboral. Y de la secuela procesal, entiendo que la demandada ha logrado desvirtuar la presunción al demostrar que -de acuerdo a los hechos probados en la causa- a vinculación entre las partes no estaba sujeta a dirección y fiscalización y que el ?humorista? accionante no intervenía con su capacidad de trabajo en el sistema general productor de bienes y servicios del que forma parte la empresa. Veamos por qué: la experticia contable dijo que el actor en su mayoría emitía facturas a la demandada, pero en una minoría lo hacía para terceros distintos de la accionada. De fs. 508 -oficio a INFOBAE- surge que la documentación de fs. 158 es también auténtica. Surge de ambas respuestas que el actor en el programa ?El diario de Mariana? prestaba servicios también por tiempo determinado y finalizaba a fines de diciembre de 2013, haciendo en dicho programa iguales funciones humorísticas. Tampoco el accionante tenía, como se vio, exclusividad con la accionada pues -como surge de autos- trabajó en numerosos programas como dimana la prueba informativa. A fs. 636, informa AFIP que el actor está inscripto como contribuyente autónomo el 26/3/92, mucho antes de la vinculación habida con la demandada y de allí surge que su actividad era ?composición y representación de obras teatrales, musicales y artísticas?. Se desprende entonces que facturaba desde mucho tiempo antes de su vinculación con la accionada. Dice también AFIP que nunca se registró como empleado y no surge de autos que el accionante fuera ?actor? ni que pueda ampararse en las normas del Estatuto del Periodista Profesional regulado por la Ley 12.908, que no es aplicable a los actores. Nótese que el accionante dijo que participó del programa ?Tarde Negra? por diez años, pero no lo acreditó, al igual que el programa ?Radio Portatil?, del 2009 al 2011 de lunes a viernes de 6 a 9, que tampoco probó ni que lo condujo cuando la Sra. Vernaci estaba de vacaciones. También denunció haber participado del programa ?Negrópolis?, a partir de 2012, pero no sabemos hasta cuándo. Tampoco sabemos si tenía obligación de concurrir, quién le daba órdenes, extremos éstos que no surge del escrito fundamental y que no pudieron introducirse en la secuela probatoria (art. 65 LO). Por ello hay que descartar de plano que el accionante fuera ?periodista? sino que era ?conductor? y tal categoría no encuadra dentro del Estatuto del Periodista ya que los programas en que participó no eran periodísticos. Pero corresponde recordar que para la aplicación del Estatuto del Periodista se requiere a aquellas personas comprendidas en el Art. 2, la inscripción en la matrícula nacional de periodista y que es obligatoria y se acordará sin restricción alguna a las personas comprendidas en el Art. 2 salvo las excepciones señaladas en la mencionada ley. Tampoco demostró que la demandada sea una empresa periodística. En sentido similar, se ha expedido esta Sala en el Expte. 4127/2009 Sent. Def. 38.762 del 26/03/2012 en autos ?Lacroix Pollich, Alejandro c/ Radiodifusora Metro SA s/ Despido? a la que me remito ?brevitatis causa?. Cabe hacer una última referencia a una causa muy conocida en el ambiente tribunalicio, caratulada ?Rica, Carlos Martín c/ Hospital Alemán y otros s/ despido?. La Corte Suprema de Justicia de la Nación revocó un pronunciamiento de la Sala VII de esta Cámara y la Sala que integro, con voto de la Dra. María Dora González, al que adherí, también siguió los lineamientos de la Excma. Corte. En lo sustancial, se sostuvo que no se debía desconocer la realidad de quienes se vinculan en el marco de diversas figuras en las que la subordinación propia del vínculo dependiente está ausente y que no obstante ser de legales indiscutida, son calificadas de fraudulentas por quienes propugnan incluir dentro del concepto de dependencia laboral a casos extraños a la regulación del derecho del trabajo. De la secuela procesal se desprende que el actor nunca hizo reclamo laboral de ninguna naturaleza... no invocó ni probó que haya gozado de licencias o de vacaciones pagas. Hay un principio de buena fe cuya función como standard permite dar fuerza jurídica a comportamientos razonables y a conductas pautadas en el sistema social: lo que todo ser humano razonable realiza es jurídicamente exigible; de ahí que sea el concepto normativo que absorba la conducta media social, obligatoria. Tal fue en el Derecho Romano, la función del estereotipado ?bonus pater? que subsiste en nuestro derecho como el ?buen empleador? y ?buen trabajador?. Y, concluyendo, creo que la demandada ha logrado desvirtuar la presunción del art. 23 LCT al demostrar -de acuerdo con los hechos probados- que la vinculación entre las partes no estaba sujeta a dirección y fiscalización y que el profesional accionante -humorista reconocido- no intervenía con su capacidad de trabajo en el sistema general de bienes y servicios de que forma parte la empresa. De la sustentación fáctica que se enunciara, no surgen las pautas evidenciantes de la subordinación; tampoco cumplía el actor una tarea que fuera objeto principal o accesorio de la actividad productiva de la organización empresarial. Esta prueba en contrario de la empresa, no enervada por elemento de juicio favorable al demandante, me lleva a la conclusión de la inexistencia de la relación laboral invocada. Así lo voto. III.- De acuerdo a lo expuesto correspondería emitir nuevo pronunciamiento sobre costas y honorarios, lo que torna innecesario que me expida sobre los cuestionamientos introducidos al respecto. IV.- De prosperar mi voto auspicio se revoque la sentencia apelada y se rechace la demanda incoada por HUMBERTO TORTONESE contra RADIODIFUSORA BUENOS AIRES S.A.; se impongan las costas del proceso al actor; se regulen los honorarios de los profesionales intervinientes por las partes demandada (en conjunto) y actora (en conjunto), por su total actuación y los del perito contador, teniendo en cuenta lo dispuesto en las leyes 21.839, 27.423, y 18.345 -art. 38-en las sumas de \$ 300.000.-, \$ 200.000.- y \$ 100.000.- a valores actuales. EL DR. VICTOR A. PESINO DIJO: Por análogos fundamentos adhiero al voto que antecede. No obstante, creo necesario formular las siguientes apreciaciones. La sentenciante de grado, prácticamente basó su decisión en la declaración de Medrani. Sin embargo, no coincido con su análisis, ni

tampoco con su conclusión de que el actor debió tener un emprendimiento propio para considerar que el mismo era un empresario, porque de hecho el trabajo autónomo o independiente -como el de los profesionales- no requiere necesariamente una empresa. El testigo Medrani (fs. 665), luego de informar que el actor fue parte de varios programas de la señora Vernaci, dijo que participaba de entrevistas, sketches de humor y que las noticias las trataba con humor y con su impronta. Expresó saber que las órdenes de trabajo se las daban de la dirección de la radio porque participaba de esas reuniones y los señores Prosen y Lete iban a las reuniones de producción y nos indicaban el tipo de programa que quería la radio, los contenidos, etc. Más adelante añadió que el actor formaba parte de la lectura de noticias y el posterior análisis de estas, siempre con su humor; que reemplazó a Vernaci; que en la sección Pasando Revista, el actor leía noticias y les ponía su humor; que hacía entrevistas con su humor y características, hacía preguntas insólitas; que en el programa Negrópolis contaba cosas que le habían sucedido el día anterior o en la vida, hacía una columna deportiva en tono de humor; que un día el señor Prosen les comunicó que el actor iba a formar parte del programa como conductor.

Según la sentenciante este testimonio fue avalado por los de Zimmermann (fs. 445) y Pérez (fs. 450). El primero de ellos fue pareja del actor hasta el año 2009; no obstante, reconoció mantener con el mismo una relación ?elegante, cordial y que se hablan y ven cada tanto?. Vale decir que esta persona no solo es absolutamente ajena al vínculo que unió al actor con la demandada, razón por la cual no puede aportar datos significativos respecto de su contenido, sino que la relación que mantiene con el actor permite incluirlo dentro de lo que se denomina ?las generales de la ley?, lo que obliga a apreciar su versión de modo más estricto. Sin perjuicio de ello, a mi modo de ver, aporta datos de significación, que coinciden con los dichos de Medrani, a saber: que el actor era coconductor con la señora Vernaci; que hacía notas con un estilo muy propio y personal -que también tiene la señora Vernaci-; que cuando la señora Vernaci salía de vacaciones conducía el actor; que en el programa se trataban temas de actualidad; que el actor en alguna época hacía participaciones con actuación; que Vernaci y el actor eran un dúo que funcionaba y funciona todavía (la declaración es del mes de abril de 2016); que los temas los desarrollaban con una impronta muy personal; que el actor tenía una minisección que se llamaba Pasando Revista que, por decirlo de alguna manera, fue un sello del actor. La segunda fue vecina del actor y reconoció que solo escuchó los programas cuando podía, varias veces por semana, los cuales eran de actualidad, muy divertidos y subidos de tono. Nada aporta de interés. Analizadas estas declaraciones a la luz de los principios de la sana crítica (art. 90, L.O.), no me resultan suficientes para concluir que entre las partes medio un vínculo laboral. En primer lugar, tanto Zimmermann como Pérez eran ajenos a la radio de modo que mal podían conocer los entretelones del vínculo que unió a las partes. De hecho y salvo por haber escuchado los programas, todo lo demás que saben es por comentarios del propio actor o por simples estimaciones propias que no constituyen testimonio de hechos concretos percibidos por sus sentidos. Queda, por lo tanto, la declaración de Medrani, quien se ha preocupado por demostrar que el actor recibía órdenes de los directivos de la radio, pero que no ha podido concretar en qué habrían radicado esas órdenes. También sostuvo que fue presentado por el señor Prosen, pero esta afirmación ha sido contrarrestada por la declaración de Zimmermann, como diré más adelante. En cuanto a la forma en que se retribuían los servicios, a la que aluden los deponentes, esa es una circunstancia que, por sí sola, no define la existencia de un vínculo dependiente. Del lado de la demandada, el testigo Sacco (fs. 679) manifestó que el actor era como un coconductor de Vernaci y estaba en la mesa todo el programa; que la producción propone temas, pasan por un filtro del conductor y luego el coordinador lo va ubicando en el transcurso del programa. Y Messutti (fs. 681) expuso que el actor dejó de trabajar hasta que el programa dejó de salir; que el programa era de interés general y bastante humor; que fue editor de dicho programa; que la producción genera los contenidos y luego los conductores resuelven; que Vernaci tenía la última palabra; que el actor y Vernaci realizaban sketches improvisados. Ahora bien, en las facturas adjuntadas por el señor Tortonese con su prueba (fs. 225 y siguientes) el mismo consignó como actividad la de ?Actor?. Y del informe de la AFIP (fs. 543 y siguientes) surge que se encuentra inscripto como tal desde 1992. Vale decir que es un artista y, en principio, un trabajador autónomo (art. 2, inc. a del Decreto 433/94). Y si bien ello no es definitorio para calificar el vínculo que lo uniera con la demandada, si sirve como pauta de orientación porque, en definitiva, el artista compone una obra. Y si bien los programas radiales en los que intervino el señor Tortonese, no eran ?obras?, en el sentido que les da la norma aludida, a mi juicio su intervención tenía las características propias de un actor. Ese convencimiento parte de lo relatado en la demanda, donde al referirse a los distintos programas en los que intervino, señaló que en ellos interpretó a diferentes personajes (fs. 6 vta. y 7) y también porque el testigo Medrani refirió, no menos de cuatro veces, que en las apariciones que tenía el señor Tortonese hacía gala de su humor y su impronta (características indudablemente propias de un actor), respecto de las cuales no surge de autos que hubiesen sido producto de una imposición de la demandada y no podrían haberlo sido, porque el humor y la impronta son propios de la persona, es lo que distingue a unas personas de otras. Lo expuesto ha sido ratificado por el testigo Zimmermann, al mencionar que las intervenciones de Tortonese tenían estilo muy propio y personal (una impronta muy personal dijo más adelante. El actor utilizó en la demanda las palabras ?particular prisma? -fs. 6 vta., renglón cuatro), así como que tenía una minisección que se llamaba Pasando Revista, ?que por decirlo de alguna manera fue un sello del actor?.

Además, agregó que en alguna época sus participaciones eran con ?actuación?. La participación del actor en los programas conducidos por la señora Vernaci pasaba, a mi juicio, por intervenciones de tipo histriónico y, contrariamente a lo concluido en grado, no estaban sujetas a las directivas de la parte demandada, justamente porque lo que hacía el actor era ?componer? un personaje, así fuera para leer algún tipo de noticias vinculadas al espectáculo o participar de entrevistas con su rasgo peculiar. Tampoco, en mi opinión, ha podido demostrarse que el actor hubiese sido contratado por la demandada, aun cuando la misma le hubiese pagado por sus servicios. Al respecto y sin perjuicio de que lo declarado por Medrani no está corroborado por otro medio de prueba, observo que, en la demanda, el actor reconoció que desde un comienzo participó de los programas de la señora Vernaci, con la cual el formaba un ?duo que funcionaba?, según relató Zimmermann, cuyo testimonio sobre este tema es valioso porque lo conoce desde 1986 y, evidentemente, sabe la relación que tenía y tiene con la señora Vernaci. Es por ello, que no me quedan dudas en cuanto a que su presencia en los programas fue producto de una decisión de esta última o negociada entre ambos. No obsta a esta conclusión que el actor facturase sus intervenciones directamente a la demandada. En efecto, a fs. 217 y siguientes el actor adjuntó un contrato celebrado con la demandada el 31 de enero de 2007 que, si bien es el único obrante en el expediente, sirve como guía para entender la relación que los uniera. Solo al pasar destaco que, contrariamente a lo sostenido al acompañarlo, no existen pruebas de que hubiese sido obligado a firmarlo. De dicho acuerdo se desprende que, los horarios de prestación de servicios del actor sería consensuados (cláusula primera), lo que descarta cualquier imposición de la accionada y demuestra que Tortonese tenía también poder de decisión al respecto. En la cláusula cuarta el actor ?se constituye en único responsable frente a la radio y por ante terceros con motivo de dichos y actos en relación a la actividad profesional que desarrolle en la participación en el o los programas?, incluso por ?expresiones verbales, conductas o modos que asuma durante su participación? (cláusula novena). También se habilitó a la demandada a compensar de su contraprestación, cualquier suma que pudiese ser obligada a pagar judicialmente por hechos del actor o multas o sanciones impuestas a causa del mismo (cláusula novena). Además, se obligó a no ausentarse de los programas, aceptando que, en caso de hacerlo ?no percibirá contraprestación alguna de la radio, quien además podrá designar reemplazante? (cláusula sexta) Vale decir que el actor asumía el riesgo de sus intervenciones, comprometiéndose a mantener indemne a la demandada por ello, circunstancia que evidencia que la accionada nada había exigido o impuesto en tal sentido. Era libre de decir lo que quisiese y hasta de ausentarse, supuesto en el que no recibiría suma alguna. Este último es un dato de suma importancia porque no se consignaron las características de las ausencias (justificadas o no), ni que ellas pudiesen acarrearle alguna consecuencia disciplinaria, siendo dato relevante que aceptara que hasta podía ser reemplazado, lo que evidencia que su persona no era inherente al contrato. A fs. 111 y siguientes la demandada acompañó un contrato suscripto con Mi Piace S.R.L., representada por la señora María Elizabeth Vernaci. Este contrato ha sido reconocido expresamente por el actor al contestar la citación de terceros, sosteniendo que a él se le quiso hacer firmar uno similar (cosa que no probó). La importancia de este contrato radica en que, mediante el mismo, la demandada en los hechos le cedió un espacio radial a Mi Piace, en su carácter de Productora. Y era esta, de acuerdo con lo que declararan los testigos Sacco y Messutti, la que definía el contenido del programa, previo filtro de la señora Vernaci, desmintiendo de tal forma lo declarado por Medrani, respecto a la intervención de Prosen y Lette. Es cierto que del referido contrato surge que la demandada se iba a hacer cargo del pago al actor, pero es claro que esa circunstancia pasó más por una negociación entre la productora y la radio, a mi modo de ver por una conveniencia económica de la primera. No puede olvidarse que Tortonese y Vernaci formaban una dupla desde mucho tiempo antes, por lo que no resulta lógico que la radio pudiese imponerle a Vernaci a una persona, cuando esta era la que definía el contenido de sus programas. Además, el detalle del Anexo B, demuestra que todas las personas que se mencionan ya formaban parte del equipo de la señora Vernaci. Caso contrario no hubiese sido necesario formular una aclaración semejante. En definitiva, las pruebas reseñadas demuestran que la señora Vernaci tuvo varios programas, cuyo contenido definía como productora y conductora, en los que el actor participó formando una dupla (equipo) que siempre funcionó (según Zimmermann). Que sus intervenciones estaban signadas por su ?impronta? y su condición de artista (lo que le permitió ganar dos premios como humorista, según el mismo reconociera en autos); que era responsable directo del contenido de esas participaciones, corriendo con el riesgo de las mismas; que si se ausentaba no cobraba y tampoco ello le acarrea consecuencias disciplinarias; que podía ser reemplazado; que no hay constancias de que su contratación la hubiese realizado la radio y que el hecho de que esta le pagase obedeció a una negociación con la productora, ya que es evidente que si el actor no hubiese sido parte del programa de la productora, esta no se habría preocupado de excluirlo de los honorarios que percibía. En estas condiciones, la circunstancia de que sus ingresos los hubiese solventado la demandada (único dato de interés que queda en pie) no permite concluir que entre las partes existió un contrato de trabajo, porque la dependencia económica no lo define. Lo determinante es la subordinación jurídica que, en esta relación era inexistente, porque Tortonese no estaba sujeto a directiva alguna de parte de la radio, sino a los filtros de los programas, que definía la señora Vernaci, ni tampoco a algún poder disciplinario. Por ende, en ningún momento el actor se incorporó o formó parte de una empresa total o parcialmente ajena, sino

de un programa radial en el que sus intervenciones generaban su propia responsabilidad, con una obligación de indemnidad hacia la demandada, lo que descarta la existencia de un vínculo dependiente con la demandada. Por todo ello, como adelanté, coincido con las conclusiones del voto que antecede. Por ello, el TRIBUNAL RESUELVE: 1) Revocar la sentencia recurrida y rechazar la demanda deducida por HUMBERTO TORTONESE contra RADIODIFUSORA BUENOS AIRES S.A.; 2) Imponer las costas del proceso al actor; 3) Regular los honorarios de los profesionales intervinientes por las partes demandada (en conjunto) y actora (en conjunto), por su total actuación y los del perito contador, teniendo en cuenta lo dispuesto en las leyes 21.839, 27.423, y 18.345 -art. 38- en las sumas de \$ 300.000.-, \$ 200.000.- y \$ 100.000.- a valores actuales. Regístrese, notifíquese, cúmplase con lo dispuesto en el artículo 4º Acordada CSJN 15/13 del 21/05/13 y, oportunamente, devuélvase. LUIS A. CATARDO JUEZ DE CAMARA VICTOR A. PESINO JUEZ DE CAMARA Ante mí: SANTIAGO DOCAMPO MIÑO SECRETARIO Correlaciones: Rica, Carlos Martín c/Hospital Alemán y otros s/despido - Corte Sup. Just. Nac. - 24/04/2018 - Cita digital IUSJU025543E 000961F