

Para ver aviso legal de clic en el siguiente Hipervínculo  
(NECESITA CONEXIÓN A INTERNET)  
<http://cijulenlinea.ucr.ac.cr/condicion.htm>

## INFORME DE INVESTIGACIÓN CIJUL

### TEMA:

### JURISPRUDENCIA SOBRE EL SOCIO TRABAJADOR

**INTRODUCCIÓN:** En el presente informe usted podrá encontrar información que refiere a los "socios-trabajadores" y como la jurisprudencia ha tratado temas como: análisis de la figura, existencia de la relación laboral, derechos adquiridos del trabajador, entre otros.

## ÍNDICE DE CONTENIDO

### JURISPRUDENCIA

Relación laboral: Análisis en el supuesto del "socio-trabajador".....	2
Alcances del concepto de ajenidad, levantamiento del velo social y exclusión de la calificación laboral.....	2
Teoría del levantamiento del velo social: Aplicación para determinar la existencia de relación laboral.....	2
Relación laboral: Inexistencia al ostentarse calidad de socio trabajador de empresa familiar en formación.....	8
Derechos adquiridos del trabajador: Inexistencia de afectación a socios trabajadores al realizarse corrección monetaria del capital social individual en base en las normas y procedimientos autorizados por el Colegio de Contadores Públicos que son derogadas con posterioridad.....	28
Relación laboral: Liquidación de servicios profesionales a trabajador que figura como socio de compañía subcontratada.....	34

JURISPRUDENCIA

*Relación laboral: Análisis en el supuesto del "socio-trabajador"*

*Alcances del concepto de ajenidad, levantamiento del velo social y exclusión de la calificación laboral*

*Teoría del levantamiento del velo social: Aplicación para determinar la existencia de relación laboral*

[Tribunal Trabajo, Sección IV]<sup>1</sup>

Texto del extracto:

II .-[...] La relación de los denominados socios trabajadores en las sociedades de capital, incluida la de responsabilidad limitada, ha sido enmarcada dentro de los casos frontera, dada la eventual dificultad para diferenciar entre la existencia de una relación societaria de una de naturaleza laboral. Si bien la Sala ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre esta materia, señalando que la relación societaria no necesariamente resulta excluyente de la condición de trabajador (véase la sentencia número 433, de las 11:00 horas del 13 de agosto del 2003), pues normalmente la prestación del socio en una sociedad de capital se da en virtud de un contrato de trabajo, no desconoce la posibilidad de que se excluya el vínculo laboral, debiéndose realizar el análisis a la luz de las particularidades que cada caso concreto presenta. Como se indicó, la doctrina ha ubicado la relación del socio trabajador dentro del ámbito de las zonas grises , por la dificultad de diferenciar en ella entre trabajo por cuenta propia y trabajo por cuenta ajena, o sea por la dificultad de identificar la nota de la

ajenidad. En ese sentido, Martín Valverde ha explicado: "...varias zonas grises del contrato de trabajo tienen tal condición porque en las relaciones de servicios comprendidas en ellas la nota de ajenidad suele ser de apreciación complicada, concurriendo en bastantes casos y faltando en otros muchos... Las más importantes de estas zonas grises son seguramente el trabajo prestado en el marco de la familia (trabajo familiar) y el trabajo prestado por el socio a la empresa de la que es titular la sociedad de la que forma parte (socio empleado)... en uno y otro tipo de trabajo las especiales dificultades de calificación de las relaciones de servicios han dado lugar a un refinamiento... del concepto de ajenidad." ( Ibid. ). En similar sentido, Jordi Agustí Juliá ha indicado que "...la ausencia de la nota de ajenidad es la que tiene en cuenta la jurisprudencia para declarar la inexistencia de relación laboral en supuestos controvertidos de contratos o pactos asociativos..." y, con anterioridad, señaló que "se diferencia del contrato de trabajo porque dicha actividad o servicios no se prestan en régimen de ajenidad, considerando que los lleva a cabo a favor de una sociedad de la cual es propietario en parte..." (Juliá Agustí, Jordi. " Algunas figuras afines o próximas al contrato de trabajo en la jurisprudencia: arrendamiento de servicios. Contrato de Mandato. Contrato de Sociedad." Ponencia expuesta en el Congreso de Magistrados del Orden Social: El futuro de la jurisdicción social. Recuperado el 19 de octubre de 2007 de [www.graduadosocial.com/php/almacen.php?id=893](http://www.graduadosocial.com/php/almacen.php?id=893) ). Martín Valverde explica que se pueden distinguir tres supuestos típicos de trabajo del socio: 1) El de socio industrial en las sociedades de personas, que se excluye de la aplicación de la normativa laboral, en el tanto no labora por cuenta ajena, sino autoempleado en su propia empresa. 2) El del pequeño accionista contratado en una sociedad de capital de ciertas dimensiones, que tampoco resulta problemático, sin que la condición de socio interfiera en la de trabajador. 3) El trabajo de los accionistas o partícipes importantes de una sociedad familiar o de reducidas dimensiones,

que es donde se ubican los casos frontera, y al respecto señala que "la figura del socio empleado plantea problemas de calificación cuando se trata de sociedades de propiedad familiar y/o cuando la participación en las acciones de la sociedad es elevada." (Martín Valverde, Antonio (1992). Contrato de trabajo y figuras afines: arrendamientos de obras y servicios, contrato de sociedad, contrato de transporte. En Cuadernos de Derecho Judicial. Aspectos de la contratación laboral, Madrid: Consejo General del Poder Judicial, pp. 9- 34.) Ahora bien, en este ámbito, la doctrina ha elaborado distintos criterios que ayudan a establecer si en un caso concreto se presenta o no trabajo subordinado, o si la prestación se enmarca dentro de una relación meramente societaria, siendo necesario "una indagación que vaya más allá de la apariencia jurídica sobre si efectivamente existe o no verdadera ajenidad en la prestación de trabajo..." y que "En estos supuestos en que es cuestionable la concurrencia de la nota de ajenidad convendrá levantar el velo de la sociedad para apreciar la efectividad de las relaciones subyacentes, habiendo de estarse al resultado de esta indagación." (Martín Valverde, Antonio (1992). Contrato de trabajo y figuras afines: arrendamientos de obras y servicios, contrato de sociedad, contrato de transporte, op.cit. ). De manera general, Martín Valverde apunta que la calificación del vínculo se ha de determinar a la luz de factores como el tipo de sociedad, la clase de aporte y la cuota de participación en las acciones. Sobre este punto, explicó: "Tanto en el trabajo familiar como en el trabajo del socio empleado encontramos una gran variedad de supuestos concretos en los que la calificación de la prestación de servicios depende o está condicionada por circunstancias o factores diversos... en el trabajo del socio empleado las circunstancias o factores que condicionan la calificación de la relación de servicios son, entre otras, el tipo de aportación social (dinero, bienes o industria), la clase de sociedad a la que se presta trabajo (civil, colectiva, comanditaria, anónima, de

responsabilidad limitada, laboral), y en las sociedades por acciones la cuota de participación del socio que presta trabajo por cuenta del ente societario." (Martín Valverde, Antonio. Fronteras y zonas grises del Derecho del Trabajo en la jurisprudencia actual (1980-2001), op.cit. ). La participación accionaria del trabajador en la sociedad ha sido entonces concebida como uno de los elementos a valorar para resolver sobre la existencia o no de ajenidad en la prestación, considerándose que a mayor participación es más alta la probabilidad de estimar que el trabajo es por cuenta propia; debiéndose tomar en cuenta también la naturaleza familiar de la sociedad y la importancia de los trabajos aportados. En cuanto a la participación accionaria esta Sala no ha hecho un pronunciamiento concreto, sin embargo, a la luz de la jurisprudencia española se ha explicado que "La propiedad del 50 por 100 o más de las acciones se ha considerado como excluyente de la calificación laboral... Una alta participación, pero no de mayoría absoluta, en una sociedad por acciones ha justificado a veces... la no consideración como laborales de determinados trabajos del socio circunstanciales o de importancia secundaria... Pero no faltan casos en los que se ha llegado a la conclusión de la existencia de un contrato de trabajo en los servicios de un accionista minoritario, pero muy significado por su aportación a la sociedad." (Martín Valverde, Antonio. Contrato de trabajo y figuras afines: arrendamientos de obras y servicios, contrato de sociedad, contrato de transporte, op.cit. ) . También se ha descartado la existencia de una relación laboral, cuando se ha considerado que la prestación del trabajo constituye el aporte al patrimonio de la sociedad. En este supuesto, se descarta el elemento de la ajenidad, al considerarse que el "trabajo se presta en virtud de una relación de tipo societario, en la que ambas partes ponen en común dinero e industria para la explotación de un negocio." (Martín Valverde, Antonio. Fronteras y zonas grises del Derecho del Trabajo en la jurisprudencia actual (1980- 2001), op.cit. ). Similares criterios

de diferenciación fueron expuestos por Agustí Juliá en la ponencia citada. Al respecto, explicó que se "... ha admitido la dualidad de relaciones, siempre que ambas tengan sustantividad propia y la aportación a la sociedad no integre precisamente la prestación de servicios que constituirá el objeto propio del contrato de trabajo..." (Agustí Juliá, Ibid. ). Martín Valverde acertadamente concluye señalando que "El análisis pormenorizado de las circunstancias y de los títulos del trabajo prestado permitirá alcanzar soluciones correctas en esta delicada balanza de ponderación de la prevalencia del trabajo por cuenta ajena o del trabajo por cuenta propia, cuando uno y otro no se presentan de manera nítida y exclusiva." (Martín Valverde, Antonio. Contrato de trabajo y figuras afines: arrendamientos de obras y servicios, contrato de sociedad, contrato de transporte, op.cit. ) . A la luz de estas premisas y siempre tomando como base el principio de primacía de la realidad, procede analizar si la relación del actor con la sociedad Ostelsa de Costa Rica, Limitada tuvo o no naturaleza laboral". En el caso estudio, haciendo un breve resumen histórico con base en los documentos aportados y la declaración del testigo Sánchez Bagnarello, el actor junto con su esposa fundaron en 1989, la sociedad demandada, poseyendo el primero 99 acciones y la señora Jarquín Tellez una acción. Posteriormente, Patrick Dunn vende a Hayden Hurley 60 acciones y a Jhon Taylor 6 acciones, reservándose 34 acciones, las cuales las traspasó a la Sociedad Fideicomiso 37, de la cual el actor junto con su esposa son socios mayoritarios, siendo don Patrick el apoderado de aquella (prueba confesional del actor). Como se aprecia, el demandante además, de poseer gran cantidad de acciones (segundo socio mayoritario) siempre ha tenido un gran interés en la buena marcha del hotel, porque en esa medida, se producen excedentes o ganancias que se reparten entre los socios. Por otro lado, del legajo de prueba que se guarda en archivo del despacho, no se observa, como lo afirmó el actor, que daba cuentas a la Junta Directiva de la sociedad Dunn. Como el socio mayoritario

Hurley residía en los Estados Unidos de América, lo que le impedía ejercer una supervisión directa en las actividades del hotel, es lógico y razonable pensar que el socio Patrick se quedara como apoderado, porque poseía la segunda mayor cantidad de acciones; porque residía en Costa Rica y por último, porque al ser fundador de esa empresa poseía suficiente experiencia. Por ello, se le nombra como apoderado, no como administrador del hotel, ni como gerente, ni tampoco se indica que iba a recibir cualquier tipo de salario, sea por comisión, participación en las utilidades o en especie, por esas horas de supervisión, lo que parece lógico, porque repetimos, en la medida que el hotel dejara ganancias, todos los socios saldrían beneficiados. Por otro lado, tampoco se observa una prestación personal del servicio. Como lo indicó la testigo Isabel de Esteban, el actor cuando vivía en Heredia llegaba a lo sumo una hora al hotel, revisaba el informe de ingresos y egresos del día anterior y se retiraba a sus propios negocios. Cuando el actor sufrió el lamentable accidente, se trasladó a vivir al hotel, sin autorización de la Junta Directiva de la Sociedad demandada, y en ese lapso sólo revisaba los reportes una vez a la semana. Pareciera entonces, que el actor no laboró para la demandada. Se afirmó que éste era administrador del hotel. Sin embargo, tal aseveración de la esposa del accionante choca con la versión de doña Isabel, quien afirmó que desde 1993, es la administradora y gerente de ese negocio. El impugnante afirma que la actual representante legal de la sociedad, confirma la relación laboral al prometerle pagarle las prestaciones, símbolo de una relación laboral. Doña Jennyffer Hurley manifestó en su confesión, que lo hizo porque en otras oportunidades cuando se intentó vender el hotel, se fracasó, porque los compradores no querían tener ningún problema legal en relación con los socios de la empresa. Con relación a la filiación a la Caja Costarricense de Seguro Social, si bien es cierto a folios 94 y 95, el Hotel Dunn In empadronó al demandante, es la verdad, que ello se produjo por orden del propio apelante, quien le solicitó a la Gerente del

hotel Isabel de Esteban, consultara con el abogado y testigo Sánchez Bagnarello, si podían empadronarlo, a lo que aquel le recomendó lo hiciera, pero tal acto nunca tuvo el respaldo de la Junta Directiva de la demandada. Por ello, dicho empadronamiento no puede sustentar la existencia de una relación laboral.”

***Relación laboral: Inexistencia al ostentarse calidad de socio trabajador de empresa familiar en formación***

[Sala Segunda]<sup>2</sup>

Texto del extracto:

“ III .- DE LOS ELEMENTOS QUE DEFINEN LA EXISTENCIA DE UNA RELACIÓN DE TRABAJO: El planteamiento que ante esta Sala realiza el representante de la sociedad demandada hace necesario explicar las condiciones que permiten calificar a un determinado contrato como laboral. Al respecto, cabe señalar que esta Sala, en forma reiterada, ha señalado que para establecer si una determinada relación tiene naturaleza laboral debe atenderse, primero, a las regulaciones establecidas en el numeral 18 del Código de Trabajo , que establece las particularidades que definen la relación laboral. Así, de conformidad con dicha norma, con independencia del nombre que se le dé, media un contrato de trabajo cuando una persona se obliga a prestar, a otra u otras, sus servicios o a ejecutarle(s) una obra, bajo su dependencia permanente y dirección inmediata o delegada y por una remuneración, de cualquier clase o forma. Dicho numeral también establece una presunción legal -la cual, desde luego, admite prueba en contrario, pues es solo iuris tantum -, respecto de la existencia de un vínculo laboral entre la persona que presta sus servicios y quien los recibe. La

remuneración, de conformidad con el numeral 164 ídem , puede pagarse por unidad de tiempo, por pieza, por tarea o a destajo y en dinero, en dinero y especie, por participación en las utilidades, ventas o cobros que haga el empleador. Los elementos que definen jurídicamente el carácter o la naturaleza de una relación de trabajo son: a) la prestación personal de un servicio; b) la remuneración; y, c) la subordinación. Se adiciona a estos el de la ajenidad , pues el trabajo se realiza a favor de una tercera persona, a quien pertenecen los frutos o el resultado del trabajo, sin que el que lo ejecuta asuma ningún riesgo. Jurisprudencial y doctrinariamente se ha establecido que, por lo general, la subordinación o dependencia es el elemento fundamental para poder determinar si se está o no en presencia de una relación laboral, al cual normalmente va acompañado el de la ajenidad . Esto por cuanto existen otros tipos de relaciones jurídicas donde los elementos de la prestación de los servicios o de la ejecución de obras y el de la remuneración también están presentes, configurando lo que se ha dado en llamar "zonas grises" o "casos frontera". De esa manera, generalmente, el elemento determinante y diferenciador es el de la subordinación, al que normalmente va ligado el de la ajenidad ; y, en ese sentido, Rivas señala: "La distinción en abstracto y en concreto del contrato de trabajo con otras figuras contractuales en las que una parte se obliga a realizar una prestación de trabajo, continúa fundándose en el criterio de la subordinación." (Rivas, Daniel. " La subordinación, criterio distintivo del contrato de trabajo." Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1999, p. 185). Luego, la subordinación ha sido definida como " el estado de limitación de la autonomía del trabajador al cual se encuentra sometido, en sus prestaciones, por razón de su contrato; y que proviene de la potestad del patrono o empresario para dirigir la actividad de la otra parte,...; ...es un estado de dependencia real producido por el derecho del empleador de dirigir y dar órdenes, y la correlativa obligación del empleado de obedecerlas... por lo que

basta ...con que exista no la posibilidad de dar órdenes, sino el derecho de hacerlo y de sustituir su voluntad a la de quién presta el servicio, cuando el que ordena lo juzgue necesario." ( Cabanellas , Guillermo. " Contrato de Trabajo" , Volumen I, Buenos Aires, Bibliográfica Omeba , 1963, pp. 239, 243). Por otra parte, debe apuntarse que al realizar el análisis de asuntos como el que se conoce, debe tenerse en cuenta el principio de la primacía de la realidad, cuya aplicación está implícita en el citado artículo 18. Como se sabe, el Derecho Laboral está caracterizado por una serie de principios propios que marcan o establecen su particularidad respecto de otras ramas del Derecho. Uno de los principios clásicos lo constituye el denominado principio de primacía de la realidad , de conformidad con el cual, en materia laboral, cuentan antes y preferentemente las condiciones reales que se hayan presentado, las cuales se superponen a los hechos que consten documentalmente, desde el punto de vista jurídico. En efecto, dicho principio establece que " en caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que surge de documentos o acuerdos, debe darse preferencia a lo primero, es decir, a lo que sucede en el terreno de los hechos ". ( Plá Rodríguez, Américo. Los principios del Derecho del Trabajo , Buenos Aires, Ediciones Depalma , segunda edición, 1990, p. 243). Por esa razón, el contrato de trabajo ha sido llamado "contrato-realidad" -aunque, doctrinariamente, se prefiere aquella acepción de primacía de la realidad-, dado que tanto legal como doctrinaria y jurisprudencialmente se ha aceptado, de forma pacífica, que la relación de trabajo está definida por las circunstancias reales que se den en la práctica y no por lo pactado inclusive expresamente por las partes. En consecuencia, de conformidad con este principio, en materia laboral, importa más lo que ocurre en la práctica que aquello que las partes hayan pactado y hasta lo que aparezca en documentos. (En ese claro sentido pueden consultarse, entre muchas otras, las sentencias números 135, de las 9:30 horas; 137, de las 9:40 horas, ambas del 8 de marzo; y

377, de las 14:28 horas del 23 de mayo, todas del 2006). El representante de la demandada acusa que las pruebas fueron valoradas indebidamente por los integrantes del Tribunal e insiste en que la relación no tenía naturaleza laboral, en el tanto en que el actor era socio fundador de la demandada e inclusive era su representante legal, siendo su relación de índole societaria. Por consiguiente, procede realizar las siguientes consideraciones respecto del trabajo prestado a favor de una sociedad. IV .- LA CONDICIÓN DEL SOCIO TRABAJADOR. UN CASO DE "ZONA GRIS" : Como se indicó en el considerando anterior, se habla de casos frontera o zonas grises en el contrato de trabajo, cuando en una determinada relación jurídica no resulta posible determinar con facilidad los elementos distintivos de la relación laboral, pues se ubican en la línea divisoria entre el trabajo por cuenta propia y el trabajo por cuenta ajena, así como en la de trabajo autónomo y dependiente. En efecto, "el rasgo característico de las zonas grises del Derecho del Trabajo... es precisamente la especial dificultad o complejidad de la calificación o no como laborales de ciertas prestaciones de trabajo; en ellas la línea divisoria entre las que tienen carácter laboral y las que no lo tienen no se distingue fácilmente..." (Martín Valverde, Antonio (2002). Fronteras y zonas grises del Derecho del Trabajo en la jurisprudencia actual (1980-2001) , Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales , Madrid: 38, octubre, 21-50. Recuperado el 19 de octubre de 2007, de <http://www.mtas.es/publica/revista/numeros/38/est01.pdf> ). La relación de los denominados socios trabajadores en las sociedades de capital, incluida la de responsabilidad limitada, ha sido enmarcada dentro de los casos frontera, dada la eventual dificultad para diferenciar entre la existencia de una relación societaria de una de naturaleza laboral. Si bien la Sala ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre esta materia, señalando que la relación societaria no necesariamente resulta excluyente de la condición de trabajador (véase la sentencia número 433, de las

11:00 horas del 13 de agosto del 2003), pues normalmente la prestación del socio en una sociedad de capital se da en virtud de un contrato de trabajo, no desconoce la posibilidad de que se excluya el vínculo laboral, debiéndose realizar el análisis a la luz de las particularidades que cada caso concreto presenta. Como se indicó, la doctrina ha ubicado la relación del socio trabajador dentro del ámbito de las zonas grises , por la dificultad de diferenciar en ella entre trabajo por cuenta propia y trabajo por cuenta ajena, o sea por la dificultad de identificar la nota de la ajenidad . En ese sentido, Martín Valverde ha explicado: "...varias zonas grises del contrato de trabajo tienen tal condición porque en las relaciones de servicios comprendidas en ellas la nota de ajenidad suele ser de apreciación complicada, concurriendo en bastantes casos y faltando en otros muchos... Las más importantes de estas zonas grises son seguramente el trabajo prestado en el marco de la familia (trabajo familiar) y el trabajo prestado por el socio a la empresa de la que es titular la sociedad de la que forma parte (socio empleado)... en uno y otro tipo de trabajo las especiales dificultades de calificación de las relaciones de servicios han dado lugar a un refinamiento... del concepto de ajenidad ." ( Ibid . ). En similar sentido, Jordi Agustí Juliá ha indicado que "...la ausencia de la nota de ajenidad es la que tiene en cuenta la jurisprudencia para declarar la inexistencia de relación laboral en supuestos controvertidos de contratos o pactos asociativos..." y, con anterioridad, señaló que "se diferencia del contrato de trabajo porque dicha actividad o servicios no se prestan en régimen de ajenidad , considerando que los lleva a cabo a favor de una sociedad de la cual es propietario en parte..." ( Juliá Agustí , Jordi . " Algunas figuras afines o próximas al contrato de trabajo en la jurisprudencia: arrendamiento de servicios. Contrato de Mandato. Contrato de Sociedad." Ponencia expuesta en el Congreso de Magistrados del Orden Social: El futuro de la jurisdicción social. Recuperado el 19 de octubre de 2007 de

[www.graduadosocial.com/php/almacen.php?id=893](http://www.graduadosocial.com/php/almacen.php?id=893) ). Martín Valverde explica que se pueden distinguir tres supuestos típicos de trabajo del socio: 1) El de socio industrial en las sociedades de personas, que se excluye de la aplicación de la normativa laboral, en el tanto no labora por cuenta ajena, sino autoempleado en su propia empresa. 2) El del pequeño accionista contratado en una sociedad de capital de ciertas dimensiones, que tampoco resulta problemático, sin que la condición de socio interfiera en la de trabajador. 3) El trabajo de los accionistas o partícipes importantes de una sociedad familiar o de reducidas dimensiones, que es donde se ubican los casos frontera, y al respecto señala que “la figura del socio empleado plantea problemas de calificación cuando se trata de sociedades de propiedad familiar y/o cuando la participación en las acciones de la sociedad es elevada.” (Martín Valverde, Antonio (1992). Contrato de trabajo y figuras afines: arrendamientos de obras y servicios, contrato de sociedad, contrato de transporte. En Cuadernos de Derecho Judicial. Aspectos de la contratación laboral , Madrid: Consejo General del Poder Judicial , pp. 9- 34.) Ahora bien, en este ámbito, la doctrina ha elaborado distintos criterios que ayudan a establecer si en un caso concreto se presenta o no trabajo subordinado, o si la prestación se enmarca dentro de una relación meramente societaria, siendo necesario “una indagación que vaya más allá de la apariencia jurídica sobre si efectivamente existe o no verdadera ajenidad en la prestación de trabajo...” y que “En estos supuestos en que es cuestionable la concurrencia de la nota de ajenidad convendrá levantar el velo de la sociedad para apreciar la efectividad de las relaciones subyacentes, habiendo de estarse al resultado de esta indagación.” (Martín Valverde, Antonio (1992). Contrato de trabajo y figuras afines: arrendamientos de obras y servicios, contrato de sociedad, contrato de transporte, op.cit . ). De manera general, Martín Valverde apunta que la calificación del vínculo se ha de determinar a la luz de factores como el tipo de sociedad, la clase

de aporte y la cuota de participación en la acciones. Sobre este punto, explicó: "Tanto en el trabajo familiar como en el trabajo del socio empleado encontramos una gran variedad de supuestos concretos en los que la calificación de la prestación de servicios depende o está condicionada por circunstancias o factores diversos... en el trabajo del socio empleado las circunstancias o factores que condicionan la calificación de la relación de servicios son, entre otras, el tipo de aportación social (dinero, bienes o industria), la clase de sociedad a la que se presta trabajo (civil, colectiva, comanditaria, anónima, de responsabilidad limitada, laboral), y en las sociedades por acciones la cuota de participación del socio que presta trabajo por cuenta del ente societario." (Martín Valverde, Antonio. Fronteras y zonas grises del Derecho del Trabajo en la jurisprudencia actual (1980-2001), op.cit . ). La participación accionaria del trabajador en la sociedad ha sido entonces concebida como uno de los elementos a valorar para resolver sobre la existencia o no de ajenidad en la prestación, considerándose que a mayor participación es más alta la probabilidad de estimar que el trabajo es por cuenta propia; debiéndose tomar en cuenta también la naturaleza familiar de la sociedad y la importancia de los trabajos aportados. En cuanto a la participación accionaria esta Sala no ha hecho un pronunciamiento concreto, sin embargo, a la luz de la jurisprudencia española se ha explicado que "La propiedad del 50 por 100 o más de las acciones se ha considerado como excluyente de la calificación laboral... Una alta participación, pero no de mayoría absoluta, en una sociedad por acciones ha justificado a veces... la no consideración como laborales de determinados trabajos del socio circunstanciales o de importancia secundaria... Pero no faltan casos en los que se ha llegado a la conclusión de la existencia de un contrato de trabajo en los servicios de un accionista minoritario, pero muy significado por su aportación a la sociedad." (Martín Valverde, Antonio. Contrato de trabajo y figuras afines: arrendamientos de

obras y servicios, contrato de sociedad, contrato de transporte, op.cit . ) . También se ha descartado la existencia de una relación laboral, cuando se ha considerado que la prestación del trabajo constituye el aporte al patrimonio de la sociedad. En este supuesto, se descarta el elemento de la ajenidad , al considerarse que el "trabajo se presta en virtud de una relación de tipo societario, en la que ambas partes ponen en común dinero e industria para la explotación de un negocio." (Martín Valverde, Antonio. Fronteras y zonas grises del Derecho del Trabajo en la jurisprudencia actual (1980- 2001), op.cit . ). Similares criterios de diferenciación fueron expuestos por Agustí Juliá en la ponencia citada. Al respecto, explicó que se "... ha admitido la dualidad de relaciones, siempre que ambas tengan sustantividad propia y la aportación a la sociedad no integre precisamente la prestación de servicios que constituirá el objeto propio del contrato de trabajo..." ( Agustí Juliá , Ibid . ). Martín Valverde acertadamente concluye señalando que "El análisis pormenorizado de las circunstancias y de los títulos del trabajo prestado permitirá alcanzar soluciones correctas en esta delicada balanza de ponderación de la prevalencia del trabajo por cuenta ajena o del trabajo por cuenta propia, cuando uno y otro no se presentan de manera nítida y exclusiva." (Martín Valverde, Antonio. Contrato de trabajo y figuras afines: arrendamientos de obras y servicios, contrato de sociedad, contrato de transporte, op.cit . ) . A la luz de estas premisas y siempre tomando como base el principio de primacía de la realidad, procede analizar si la relación del actor con la sociedad Ostelsa de Costa Rica, Limitada tuvo o no naturaleza laboral. V.- DE LOS ELEMENTOS PROBATORIOS APORTADOS POR LAS PARTES: Al folio 161 consta una comunicación electrónica de parte de la cónyuge del accionante , dirigida a una persona desconocida, fechada el 17 de noviembre del 2000, por la cual le agradecía que le hubiera contestado mediante la señora Emma Russi, a la vez que hacía otra serie de consultas y pedía orientación para establecer un negocio en Costa Rica o en Estados Unidos. De

la documental visible a folios 35-36, se tiene que en fecha 19 de enero del 2001 el demandante, su cónyuge, su hijo e hija constituyeron una sociedad de responsabilidad limitada denominada Ostelsa de Costa Rica, Ltda. en la cual cada uno tenía una participación igual en el capital social. Se indicó que estaría representada por un Gerente, con facultades de apoderado generalísimo sin limitación de suma, cargo en el cual fue nombrado el actor. Consta que el 1º de julio del 2001, el señor Cuervo González, en su calidad de representante de la sociedad, procedió a arrendar el inmueble ubicado en Barrio Cristo Rey, calle 12, avenidas 24- 26, que contaba con un edificio, el que se destinaría a taller de reconstrucción de piezas mecánicas (folios 41-42). El 11 de julio del 2001 el hijo del demandante remitió comunicación electrónica al señor Russi indicándole que habían regresado bien y agradeciéndole por la atención que recibieron. A la vez, le informó las gestiones que se debían realizar para una transferencia de dinero. Le contó sobre el contrato de arrendamiento, indicándole que ya se había pagado el alquiler y el depósito correspondiente. Informó que se solicitó la línea telefónica y que se realizaron los trámites de la patente. De igual forma, le hizo algunas indicaciones sobre los documentos personales que debían traer. Le indicó que tenían algunas herramientas de todo tipo, que su mamá había conseguido un prospecto de contrato para arreglo de prensas, le recomendaba un directorio comercial para América Latina, le pidió que les avisaran con tiempo sobre los pasajes. También le dijo que era mejor si traían la papelería hecha, igual a las tarjetas de presentación. En términos generales le contó que todo esta bien, les envió saludos y le indicó los números de teléfono y las horas en que podían llamarlos (folio 165). El 7 de agosto del 2001 se tramitó el permiso sanitario, indicándose que el propietario del negocio era el señor Cuervo González (folio 56). También, desde el 23 de octubre del 2001, se realizaron las gestiones respectivas en la Municipalidad de San José, indicándose para referencias al

actor o su esposa (folio 57) y consta un pago realizado el día 8 de noviembre siguiente, a nombre de la sociedad (folio 58). El 29 de agosto del 2001 se modificaron algunas cláusulas del pacto constitutivo, cambiándose el domicilio de la sociedad, se aumentó el capital social a la suma de cuarenta y dos millones de colones, distribuido siempre entre los cuatro integrantes de la familia Cuervo Fajardo, pero esta vez no en partes iguales, sino que el accionante suscribió y pagó treinta y tres cuotas, con un valor facial de un millón de colones cada una. Se estableció que la sociedad sería administrada por un gerente y/o un subgerente, ambos con facultades de apoderados generalísimos sin limitación de suma, quienes podrían actuar conjunta o separadamente. En ese acto, se nombró como subgerente al señor Pedro Julio Russi (folios 43-45). El 3 de setiembre del 2001 el actor y el señor Russi firmaron un documento por el cual dejaban sin efecto uno que denominaron " de confianza", en el que el primero, en su condición personal, ficticiamente compraba al segundo una serie de máquinas y herramientas que se exportarían a Costa Rica y que se importarían a nombre de la sociedad, corriendo por cuenta del segundo todos los gastos. Se señaló que en caso de muerte de este último, las mismas quedaban perteneciendo a su esposa y en su defecto al hijo común. Asimismo, se indicaba que una vez que las mercancías estuvieran en Costa Rica, el accionante se comprometía a realizar las gestiones necesarias para ampliar la participación de los socios e incluir como tales al señor Russi , su esposa e hijo (folios 153-155 y 156. Véase también la confesión del representante de la demandada -folios 140-141 en relación con folios 151-152). El 17 de noviembre del 2001 el hijo del demandante escribió al señor Russi , dándole buenas noticias relacionadas con el negocio. Le contó sobre las dificultades para contratar unos rótulos pintados y sobre el precio de una cotización. Le informó sobre los gastos de alquiler, seguro, servicios, factureros , los gastos de inscripción de la marca. Asimismo, refirió que los gastos de la patente y del anuncio en el

periódico se habían cubierto con los ingresos de los trabajos realizados y que solo faltaba pagar los sueldos. También manifestó que el próximo lunes se visitarían clientes y se estaba a la espera de los volantes para su distribución. Por último, le señaló que los esperaban para empezar de una vez y que todo estaba muy bien (folio 167). El 19 de noviembre siguiente fue la esposa del actor quien se comunicó con el señor Russi . Le indicó sobre el envío de unos paisajes costarricenses. Informó sobre otros gastos que no habían sido incluidos. Refirió que sabían la necesidad de contar con una persona que conociera el trabajo y que no representara el riesgo de que a largo plazo les hiciera competencia. Señaló que la persona que viniera debía costear sus gastos, pues la sociedad no podía sufragarlos. Le contó sobre algunas inquietudes ante las consultas de otras personas que querían saber sobre la sociedad, le explicó sobre el arreglo del vehículo y en caso de que enviaran el mensaje de casa en barco les pidió que le trajeran una bicicleta estacionaria (folio 168). En esa misma fecha el señor Russi contestó la comunicación, manifestando su agrado por los avances alcanzados. Le hizo algunas sugerencias sobre la persona que debían contratar y adujo que la persona en que pensaban no se iría si no le cubrían los gastos del viaje. Afirmó que el día 20 siguiente les haría un giro en el Banco de Costa Rica. Le solicitó que no desistiera de buscar una persona que pintara los rótulos y le dijo que estaba a la espera de los paisajes para la elaboración del afiche (folio 171). El 31 de enero del 2002, entre el actor y su cónyuge y el señor Russi y su esposa se acordó que este último pagaría a la familia Cuervo Fajardo, en tres tractos, la suma de ocho mil dólares de los Estados Unidos de América, a la que se descontaría la cantidad de mil trescientos dólares adeudada por aquella. A cambio, sus integrantes se comprometían a ceder al señor Russi las cuotas del capital social que poseían en Ostelsa de Costa Rica, Ltda. y el señor Cuervo González asumía el compromiso de renunciar a su cargo de gerente (folios 47-48). En la fecha pactada -8 de abril del

2002-, se procedió a la cesión de las acciones que cada integrante de la relacionada familia tenía en la sociedad citada, a favor del señor Russi (folios 49-52). También quedó demostrado el pago realizado por este último (folios 53-55, 162, 163, 164). En denuncia realizada por la joven Ivonne Rocío Cuervo Fajardo el día 17 de abril del 2002, esta refirió que entre la denunciada -Emma Vollmuth , esposa del señor Russi - y sus padres había mediado una relación societaria. En forma expresa declaró: "Resulta que esta señora y mis papás fueron socios de una compañía que al día de hoy se está disolviendo..." ( folios 81-83). De la documental de folios 66 y 99 a 105 se extrae que el actor fue reportado como trabajador de la sociedad de setiembre del 2001 a enero del 2002, indicándose un salario de cincuenta y cinco mil colones mensuales. También se extrae que fueron incluidos en planillas el hijo del demandante y el señor Russi , como trabajadores de la sociedad demandada. De la prueba confesional rendida por el accionante cabe rescatar que él era el encargado de girar los cheques contra la cuenta corriente del Banco de Costa Rica y que el negocio abrió al público a mediados de diciembre del 2001. Los otros hechos admitidos en la confesión encuentran respaldo en los demás elementos probatorios citados (folios 141-142 en relación con 158-159). En los autos se evacuó la declaración de la esposa y del hijo del actor, así como la del señor Vernor Fernando Jiménez Gómez. La señora Stella Fajardo declaró que su esposo laboró para la sociedad, acordándose el pago de un salario a partir del momento en que las máquinas llegaron a Costa Rica, lo que sucedió el 8 de agosto del 2001 y se instalaron el día 10 siguiente, pues a partir de ahí se requería que laborara un mínimo de ocho horas. Indicó que su cónyuge recibía órdenes del señor Russi y que se había pactado un salario de ciento ochenta mil colones, pero que nunca lo percibió. Afirmó que este último les había ofrecido un cincuenta por ciento, para ser socios. Señaló que ellos no tenían dinero para comprar la maquinaria, por lo que el señor Russi les ofreció participación y les dijo que le fueran pagando anualmente

por medio de las utilidades. Manifestó que cuando venció el primer mes les indicó que el dinero no alcanzaba. Según lo señaló, su esposo estaba sujeto a las directrices del señor Russi y en varias ocasiones le requirió el pago del salario. Afirmó que este era prácticamente el dueño de la empresa y ellos eran sus trabajadores. Pero, luego, admitió la existencia de la sociedad y la participación de este último en ella. En ese sentido declaró: "Sí me consta que inicialmente los únicos miembros de la sociedad OSTELSA eran Oscar, Enrique, Ivonne y yo... Sí me consta que don Pedro aquí en Costa Rica al haber examinado nuestra sociedad familiar es que una de las cosas que no se iban a modificar, si ellos entraban a nuestra sociedad era la posición de gerente que tenía Oscar por razón de que don Pedro no iría estar inicialmente en el país y por lo tanto ocupaba que Oscar trabajara en ese cargo de gerente. No recuerdo la fecha exacta de cuando don Pedro ingresó a la sociedad, sé que fue en el mes de agosto... Me consta que don Pedro enviaba los dineros a la cuenta de OSTELSA , inicialmente la envió a la cuenta de Oscar en el Banco Nacional, posteriormente la envió a la cuenta de OSTELSA y al no encontrarse don Pedro era solamente Oscar, quien tenía que hacer el movimiento del Banco." (Folios 143-146). En cuanto al pago de los salarios, refirió que fue un compromiso asumido por Russi mientras la empresa comenzaba a generar ganancias. En ese sentido, en forma expresa señaló: "Me consta que el dinero que don Pedro enviaba era únicamente para el montaje de a (sic) empresa que se estaba haciendo, quien prometió el pago de los salarios fue don Pedro y que esto lo haría para que anualmente se le reconociera como aporte a capital. Aclaro que la promesa de don Pedro de hace (sic) directamente este pago fue por los primeros cuatro meses, mientras que la empresa empezaba a generar para sus propios gastos, promesa que nunca cumplió para el pago de los salarios. Me consta que el montaje de las máquinas lo hicimos don Pedro, Oscar, Enrique y yo. Me consta que no hubo un contrato de trabajo entre don Oscar y don Pedro, pero si (sic) hubo un contraste (sic) de trabajo entre don

Oscar como gerente firmó un contrato conmigo y con Enrique.” (Folios 143-146). El testigo Enrique Adolfo Cuervo Fajardo refirió que la sociedad era en un principio de su familia y luego pasó a pertenecerle al señor Russi . Manifestó que se había llegado a un acuerdo de pagar los salarios de su padre, de él y de su madre, a partir del momento en que la maquinaria llegara al país. Señaló que el acuerdo era que los integrantes de su familia y los de la del señor Russi serían socios en la empresa. Agregó que este era quien aportaba el capital, pues él mandaba el dinero y se gastaba en lo que se requiriera, según las órdenes de aquél, pero que nunca se les canceló sus salarios (folios 147-148). Por su parte, el señor Vernor Fernando Jiménez Gómez declaró que la empresa era de don Pedro y de don Óscar. Manifestó que este último era el jefe y quien le pagaba su salario, sin embargo aclaró que solo laboró como quince días con el demandante. Afirmó que este tomaba decisiones y manejaba los dineros de la sociedad. (Folios 149-150). Por último, resulta importante rescatar las manifestaciones del señor Russi en la denuncia entablada por él contra el accionante , por supuesta retención indebida. Relató los hechos de la siguiente manera: “A fines del año dos mil, se presentó en nuestra ciudad colombiana... la familia Cuervo, con el deseo de comprar uno de mis negocios. Para ese tiempo ellos estaban ubicados en los Estados Unidos y con el deseo de radicarse en un país diferente. Momentáneamente no se hizo ninguna negociación... en enero del dos mil uno, por llamada telefónica nos dijeron,... que estaban ubicados en Costa Rica,... y que veían grandes posibilidades para establecer aquí en Costa Rica uno de mis negocios... Ellos me invitaron a venir para ver las posibilidades desde mi punto de vista, lo cual hice el 12 de febrero del año dos mil uno... al ver que el país me brindaba un espacio para mi tecnología... acordamos una sociedad comercial... Inicialmente dijeron que tenían diez mil dólares para invertir... Cuando hice el regreso a Colombia el 24 de febrero del 2001, consideré las posibilidades de esa sociedad y llegamos a un acuerdo que haríamos

esa sociedad. Como ellos no tenía ningún conocimiento en materia de clutches , ni de ese mercado se acordó que el hijo de ellos... viajaría a la ciudad de Bucaramanga, por su cuenta y riesgo, para recibir entrenamiento en nuestra empresa, lo cual se hizo por el espacio de un mes aproximadamente... Posteriormente para abril del dos mil uno de nuevo viajaron a Bucaramanga Enrique... con su padre Oscar... para seguir recibiendo entrenamiento. Al llegar a Colombia dijeron que ya no contaban con los diez mil dólares, entonces acordamos que de todos modos

haríamos la negociación... Ellos estuvieron en Colombia hasta el mes de junio del año dos mil uno recibiendo instrucción y ayudando a empacar la maquinaria y el equipo que se exportaría hacia Costa Rica... Ellos regresaron a Costa Rica, para manejar la importación de toda esa maquinaria y equipo por intermedio de una sociedad que ellos había constituido... con el nombre Ostelsa de Costa Rica Limitada, sociedad a la cual yo ingresé con mi familia para manejar el negocio de los clutches , puesto que cuando se trajo toda la maquinaria y el equipo, ellos dijeron no tener los recursos para invertir, se acordó que todas las inversiones serían de mi parte y que los dólares que ellos decían tener los usarían para su mantenimiento, mientras la empresa iniciaba labores, cosa que solo se logró a mediados de diciembre del año dos mil uno. Entre los acuerdos ellos como familia exigieron un pago mensual de ciento ochenta mil colones cada uno, que trabajarían Oscar..., Estela... y... Enrique, pues como yo no conocía los valores de salarios acá en Costa Rica, lo consideramos como una posibilidad. Cuando yo vine de nuevo a Costa Rica, en fecha 10 de agosto del año dos mil uno, para hacer el montaje y la organización del negocio, empecé a darme cuenta que era un salario demasiado elevado considerando... que el negocio apenas empezaba y no daría para que cada uno de los socios ganáramos esa cantidad por el trabajo y segundo por su falta de experiencia, práctica y conocimiento del negocio, tampoco era justo pagar esa cuantía, por lo que se acordó pagar ciento treinta mil al mes por cada uno de

los socios que trabajara en la empresa, de tiempo completo, que en este caso serían Oscar..., Estela..., Enrique... y mi persona. En el mes de octubre, treinta y uno de ese mes del año dos mil uno, regresé a Colombia, para conseguir dinero y finalizar asuntos para poder darle marcha al negocio, mientras tanto se conseguiría la patente y más fondos para el funcionamiento. En mi regreso el ocho de diciembre del año dos mil uno de Colombia, ya el negocio estaba casi listo para iniciar labores, puesto que ellos dijeron que ya no tenían dinero para su manutención como familia, entonces antes de mi partida a Colombia les hice un préstamo de mil trescientos dólares. Luego cuando llegué de Colombia, acordamos que les pagaría anticipadamente el mes de diciembre, puesto que ya se ponía en marcha el negocio, lo cual aceptaron, recibiendo cada uno ciento treinta mil colones, más garantías sociales. Es claro que el señor Oscar Cuervo ya actuaba en la compañía, desde su inicio de Ostelsa , como Gerente, lo cual siguió haciendo o desempeñando después de la entrada de la familia Russi a Ostelsa como socios... Ya a finales de diciembre del año dos mil uno, se acordó reunirnos en la misma empresa, para considerar el asunto de su insolvencia, ellos exigiendo que se les pagara con retroactividad el mes de noviembre, lo cual no acepté pero sí les propuse que les pagaría anticipadamente, de nuevo el mes de enero, para que ellos tuvieran para su mantenimiento, lo cual no aceptó Estela ni Enrique..., por lo que abandonaron el trabajo en la empresa Ostelsa ... El señor Oscar Arturo Cuervo sí se quedó trabajando... A fines de enero del dos mil dos, de nuevo regresó Estela... con su hijo, a trabajar de nuevo, lo cual no les permití y les dije que tendríamos primero que arreglar esto, en una junta, cuando mi esposa estuviere presente... sin embargo la familia Cuervo acudió al abogado..., él por carta me dijo que me hiciera presente para considerar diferencias que expresó la familia Cuervo, lo cual yo telefónicamente le dije que solo lo haría cuando mi esposa estuviera presente como accionista de la empresa. Cuando mi esposa llegó de Colombia fui al aeropuerto a recibirla, a mediados de

enero,... Cuando recogí a mi esposa ya pasadas las cinco y treinta de la tarde, la invité con mi hijo a conocer como habían quedado los rótulos del negocio y me encontré con la sorpresa de que estaban el señor Oscar Cuervo, Estela Fajardo y Enrique Adolfo Cuervo, todos en el negocio, para sorpresa mía los encontré con algunas cosas del negocio sustraídas en el carro de ellos,... El asunto concluyó ese día así y se fueron para la casa, y en los días siguientes, el señor Oscar Cuervo siguió llevándose a su casa la información que él consideraba vital para bloquear el negocio... Al finalizar esa semana la tercera de enero, en vista de que su presencia era muy estática, sin actividad, solo venía por el dinero de las ventas que para consignarlo hasta el grado en que él llegó a tener la caja menor en su maletín, por lo cual le dije 'Oscar si esta es su actitud lo mejor es que no venga, que de todos modos se le pagará', lo cual obviamente hizo así que no se le permitió más la entrada al negocio, desde entonces. Ya para el veinticinco de enero se hizo la reunión solicitada por ellos ante el abogado... en dicha reunión se acordó que si ellos tenían dinero para comprar el negocio, que lo hicieran,... lo cual dijeron que no estaban en capacidad de comprar que más bien preferían que yo les reconociera lo concerniente a su trabajo hasta la fecha. Ante el abogado... después de varias conversaciones, se acordó el día treinta y uno de enero del año dos mil dos, pagarles la suma de ocho mil dólares para que ellos se retiraran de la empresa y se firmó ese mismo día un acuerdo después de reunión de Asamblea..." (Folios 191-199). VI.- ANÁLISIS DE LA PRUEBA : De la relación de esos elementos probatorios, la Sala concluye que la familia Cuervo Fajardo vino a residir a Costa Rica, con la finalidad de establecer un negocio comercial, lo cual se deriva de la comunicación electrónica que hiciera la cónyuge del actor en fecha 17 de noviembre del año 2000 (folio 161). Con esa intención, el 19 de enero del año 2001 constituyeron la sociedad Ostelsa de Costa Rica, Limitada, en la cual cada uno de los integrantes de la familia tenía una participación igual

(folios 35-36). En algún momento, la familia del señor Julio Pedro Russi pasó a formar parte de la sociedad, pero siempre de hecho, pues extrañamente nunca su participación se estableció de derecho, bastando únicamente su nombramiento como subgerente, con calidades de apoderado generalísimo sin limitación de suma, a la par del gerente, cuyo cargo lo ocupaba el accionante, quienes podían actuar conjunta o separadamente. Sin embargo, la participación en las cuotas de la sociedad solamente la ostentaron los integrantes de la familia Cuervo Fajardo, con una participación mayoritaria del actor, representativa del 78,57 por ciento del total del capital social, sin que pueda determinarse la participación que de hecho tuvieron el señor Russi y su familia (folios 43- 45). Es dable entonces concluir que ambas familias estuvieron vinculadas por un interés societario, tendiente a desarrollar una actividad comercial de reparación de embragues. La declaración de la hija del señor Cuervo González en la denuncia penal entablada contra la cónyuge del señor Russi es concreta en cuanto estableció que entre sus padres y estos medió una sociedad (folios 81-83). Las comunicaciones electrónicas que se dieron entre el hijo y la esposa del demandante con el señor Julio Russi también evidencian la existencia de aquella relación societaria, sin que de esas comunicaciones pueda extraerse que se tratara de una relación de subordinación con el señor Russi y tampoco se extrae que la demandada operara como un centro de imputación de intereses, con autonomía propia, de forma tal que mediara un régimen de subordinación entre los órganos de administración de la sociedad y el accionante (folios 106, 165, 167, 168 y 171). Luego, el actor no ha negado la existencia de esa relación societaria. Al contrario, en el escrito por el cual contestó la reconvencción expresamente aceptó que en la sociedad el señor Russi era quien aportaba el capital, mientras que él y su familia aportaban el trabajo. En forma concreta se indicó: "No solo la familia de mi representado constituyó la sociedad Ostelsa Costa Rica Limitada, fue el señor Pedro Julio Russi su esposa, mi representado y su

familia quienes constituyeron la mencionada sociedad, el señor Russi aportando el capital y mi representado y su familia básicamente el trabajo personal y remunerado de cada uno de ellos." (La negrita no está en el original. Folio 93). El demandante ha sostenido que con independencia de su condición de socio, también era trabajador de la sociedad Ostelsa de Costa Rica, Limitada y que esta estaba en la obligación de cancelarle su salario, lo que no hizo. No obstante, a la luz de las manifestaciones expresadas y de la realidad de lo acontecido, levantando el velo de la sociedad para valorar la efectividad de las relaciones que subyacieron, la Sala logra concluir que la prestación realizada por el accionante no tenía naturaleza laboral, sino que constituía su aporte a la sociedad, en un régimen sin ajenidad ni subordinación, con el fin de poder desarrollar la actividad empresarial que se proponían, pues al no contar con capital, su trabajo constituía su aportación a la sociedad, tal y como expresamente lo afirmó su representante. Es claro que en el estadio de la empresa que se pretendía desarrollar formalmente por medio de la sociedad, el trabajo prestado no podía tener sino aquella naturaleza, en el tanto en que la demandada carecía de recursos propios suficientes y solo con la inyección de capital y trabajo, como aportes, por parte de los socios pudo comenzar a desarrollarse. En efecto, en la fase del desarrollo de la empresa, el trabajo del actor no podía sino constituir aporte a la sociedad en la que ostentaba una importante participación, pues solo a través del aporte en trabajo que prácticamente todos los socios estaban prestando era que iba a ser posible hacer efectiva la actividad económica que se proponían desarrollar mediante Ostelsa de Costa Rica, Ltda., como una persona jurídica independiente. Por eso, aun y cuando el actor, su hijo y el señor Russi fueron reportados como trabajadores de la accionada, lo cierto es que en el plano de la realidad, la relación no había trascendido del ámbito societario al laboral. Además, debe tomarse en consideración que fue el propio demandante quien hizo dicho

reporte. Para ese momento, el trabajo prestado constituía necesariamente un aporte indispensable que los socios debieron realizar para tratar de hacer efectiva la actividad empresarial propuesta. En términos de Agustí Juliá, no mediaba sustantividad propia entre una eventual prestación dual, como trabajador y socio; lo que excluye la dualidad de relaciones. En el caso no se presencia el requisito indispensable de la ajenidad, pues no puede considerarse que los frutos del trabajo del accionante pertenecían efectivamente a un tercero -la sociedad-, sino que tenían como finalidad el provecho propio y el de su familia en un grado importante, asumiendo directamente el riesgo de la actividad; concurriendo, en la realidad, la condición de trabajador y dador de trabajo. Véase que inclusive algunas gestiones fueron realizadas a nombre propio y de su cónyuge (folio 56). No consta que estuviera sujeto a un régimen de dependencia, dado que no media prueba de que en el ejercicio de su cargo operara bajo los lineamientos de los órganos de control de la sociedad constituida. De igual forma, se presencian algunos de los indicios doctrinarios que permiten excluir del ámbito laboral la prestación de sus servicios. En efecto, se trata de una sociedad de carácter familiar y en la que el demandante tenía una participación mayoritaria. Esas circunstancias permiten concluir que en el caso concreto queda excluida la naturaleza laboral de la prestación del actor y aun y cuando hubo alguna intención de que mediara remuneración, lo cual no podía hacer frente la sociedad como persona jurídica independiente, de lo que tenía plena claridad el señor Cuervo González, en el tanto en que él manejaba la cuenta corriente de la sociedad, esto tuvo fundamento en una situación económica difícil que enfrentaba la familiar Cuervo Fajardo, por lo cual el señor Russi les había prestado a sus integrantes la suma de mil trescientos dólares, mas esa intención no hace surgir en este caso las notas características de ajenidad y dependencia, según las razones antes dichas. Esa decisión bien podría interpretarse como un anticipo de dividendos, para que

podieran subsistir mientras la sociedad generaba efectivamente ganancias que pudieran distribuirse. Por último, cabe agregar, aunque no es objeto de discusión en esta instancia, que la relación del actor con la demandada concluyó por su decisión de transmitir el capital accionario al señor Russi , por el precio pactado, que fue debidamente pagado por este, dado el conflicto suscitado entre ambas familias y no por la causa invocada por el señor Cuervo González, en el sentido de que dio por rota la relación ante la supuesta omisión de la demandada de cancelarle su salario, responsabilidad que recaía sobre él, en su condición de gerente y como el encargado de manejar la cuenta bancaria de la sociedad. VII .- CONSIDERACIONES FINALES: De conformidad con las razones expuestas se estima que lleva razón el apoderado de la sociedad demandada en cuanto acusa una indebida valoración de los elementos probatorios, en los términos expuestos en el considerando anterior. Por ese motivo, ante la ausencia de la relación laboral, a nada conduce analizar los agravios externados por la parte actora basados en su existencia. Por consiguiente, el fallo impugnado debe ser revocado y en su lugar procede confirmar el de primera instancia."

***Derechos adquiridos del trabajador: Inexistencia de afectación a socios trabajadores al realizarse corrección monetaria del capital social individual en base en las normas y procedimientos autorizados por el Colegio de Contadores Públicos que son derogadas con posterioridad***

[Sala Segunda]<sup>3</sup>

Texto del extracto:

" III .- El artículo 598 del Código Procesal Civil señala que "No podrá interponer el recurso quien no hubiere sido apelante ni adherente, respecto a la sentencia de primera instancia, cuando la del Tribunal Superior sea exclusivamente confirmatoria de aquélla". Por su parte, el numeral 608 ídem establece que "No podrán ser objeto del recurso de casación cuestiones que no hayan sido propuestas ni debatidas oportunamente por los litigantes...". Ambas normas son de aplicación supletoria en esta materia por lo dispuesto en el numeral 452 del Código de Trabajo. Con base en ellas se ha reiterado el criterio de que los agravios que no se hayan planteado en el recurso de apelación no son luego admisibles ante la Sala cuando el Tribunal dicta una sentencia meramente confirmatoria. Tal es el supuesto en que nos encontramos en este asunto. Si se analiza la apelación, se tiene que el representante de la demandada se limitó a indicar lo siguiente: " Resulta mi inconformidad en dar aplicación a futuro de una normativa que fue derogada de forma explícita. Que en otras palabras resulta en decidir el punto en controversia con aplicación retroactiva de la Ley derogada, que está prohibido por disposición expresa de la Ley Orgánica del Poder Judicial , artículo 8 inciso 2). No puede aplicarse decretos, reglamentos, acuerdos o disposiciones contrarias a cualquier otra norma de rango superior. / Si la ley Orgánica establece dicha prohibición, entonces, resulta de poca relevancia la determinación, sí el reglamento de corrección monetaria estaba derogado expresamente o no. Puesto que es claro, que por disposición en contrario de esa normativa la derogación fue tácita y resulta su inaplicabilidad. Razón por lo que ningún sujeto puede alegar derecho adquirido si la norma de corrección monetaria, salio del marco jurídico. " ( folio 295). De lo anterior se desprende que la única disconformidad que planteó el apoderado de la demandada contra el fallo de primera instancia fue que el Ad- quem aplicó a futuro una norma derogada en forma explícita, resolviendo el punto en controversia con aplicación retroactiva de la ley derogada y por considerar irrelevante la

determinación de si el Reglamento de Corrección Monetaria de Coopesa estaba o no derogado. O sea, que la accionada presentó un recurso de tercera instancia rogada, en el cual la mayor parte de los motivos de agravio se encuentran precluidos, al haber alegado cuestiones que no planteó en el recurso de apelación e incluido algunas que no se interesó en defender durante el proceso, tales como la prescripción de derechos de los actores; la supuesta errónea apreciación de la prueba documental y testimonial; la alegada violación del principio de legalidad como consecuencia de la distribución del superávit por revaloración de activos entre los asociados -corrección monetaria-, al estar prohibido por el ordenamiento jurídico y ser contrario a él, conforme lo dispuesto en el artículo 20 del Código Civil; la violación de los principios de razonabilidad, sana crítica y equidad, así como la conculcación de los artículos 333, 493 del Código de Trabajo, 368, 369, 370, 373 del Procesal Civil, 4, 80, 154, 155, 157 inciso ñ) y o) de la Ley N ° 4179 del 22 de agosto de 1968; la imposibilidad del reconocimiento de lo que se pide según las directrices que se dictaron imperativamente contra la práctica contable y el Reglamento de Corrección Monetaria; la desaplicación del artículo 80 de la Ley de Asociaciones Cooperativas y de Creación del INFOCOOP, que obliga a que la revaloración de activos se realice y determine por un contador público autorizado, de conformidad con las normas y principios contables establecidos por el respectivo colegio; la imposibilidad de las cooperativas de crear superávit por medio de revaloraciones de activos; la negación de las amplias facultades reconocidas por el ordenamiento al INFOCOOP, para controlar la legalidad de las actuaciones de las cooperativas; la salida de los actores de Coopesa posterior a la decisión tomada por la Junta Directiva del Colegio de Contadores y que la corrección monetaria o reexpresión de estados financieros no constituye un principio de contabilidad generalmente aceptado en Costa Rica, mientras no se produzca la adopción de la Norma Internacional de Contabilidad 15, todos aspectos que se encuentran

precluidos por no haber sido alegados en el recurso de apelación o que en su caso no pueden ser conocidos al no haber sido expresamente alegados con anterioridad durante el proceso. Por esa razón, si analizado el recurso de apelación se tiene que tales argumentos no fueron sometidos a conocimiento y decisión del órgano de alzada, no son admisibles los agravios del recurrente a su respecto. Por consiguiente, en aplicación de las normas citadas debe concluirse que esos agravios se encuentran precluidos . IV .- Respecto de los agravios planteados en el recurso de apelación, solo puede conocerse el que refiere haberse aplicado a futuro una norma derogada en forma explícita, resolviendo el punto en controversia con aplicación retroactiva de la ley derogada, por haber sido retomado por el apoderado especial judicial de la accionada, en el recurso de tercera instancia rogada que nos ocupa, no así el que hacía referencia a lo irrelevante de la determinación de si el Reglamento de Corrección Monetaria de Coopesa estaba o no derogado, por haber sido desechado o abandonado por el recurrente. La Ley de Asociaciones Cooperativas y de Creación del Instituto de Fomento Cooperativo ( INFOCOOP ) N° 4179 del 22 de agosto de 1968, en su artículo 80 señala: "Los excedentes deberán destinarse, por su orden, para constituir las reservas legales, la reserva de educación, la reserva de bienestar social y cualesquiera otras reservas establecidas en los estatutos; para cubrir las obligaciones provenientes de las cuotas de inversión; para pagar al CONACOOOP el dos por ciento (2%) de los excedentes, conforme con lo estipulado en el artículo 136 de esta ley; para pagar al CENECOOP hasta el dos y medio por ciento (2,5%) de los excedentes líquidos al cierre de cada ejercicio económico, porcentaje éste que, según el criterio del consejo de administración de cada cooperativa, podrá pagarse de la reserva de educación. Los porcentajes correspondientes a la formación de reservas especiales deberán establecerse en los estatutos de cada cooperativa, con excepción de las reservas legales, de bienestar social y de educación, cuyos porcentajes mínimos se establecen en

los artículos 81, 82 y 83 de esta ley. En el caso de las cooperativas de autogestión, el destino de los excedentes se regirá por lo estipulado en el artículo 114 de esta ley. Se faculta a las cooperativas para que, mediante acuerdo de por lo menos dos terceras partes de los miembros presentes, en la sesión respectiva de la asamblea general, puedan aplicar la correspondiente corrección monetaria en los certificados de aportación, con el fin de restituir el poder adquisitivo de las aportaciones de capital de sus asociados y evitar la descapitalización de la cooperativa. La corrección monetaria deberá ser realizada y dictaminada por un contador público autorizado, con aplicación de las normas, los principios y los procedimientos establecidos por el Colegio de Contadores Públicos de Costa Rica." (Así reformado por el artículo 1º de la Ley N º 7053 de 9 de diciembre de 1986). Por su parte, el Reglamento de Corrección Monetaria de la "Cooperativa Autogestionaria de Servicios Aero Industriales R.L . ( COOPESA R.L .)", aprobado por el Consejo de Administración mediante acuerdo séptimo, tomado en la sesión N° 1298 celebrada el 27 de enero del 1999, que regló lo dispuesto por el legislador en aquel artículo 80 in fine, dispuso: "Artículo 1: El presente reglamento establece las regulaciones a las cuales deberán ajustarse los asociados de esta Cooperativa, para la ejecución y asignación de toda corrección monetaria a sus estados financieros, con el fin de restituir el poder adquisitivo de las aportaciones de capital de los asociados y evitar la descapitalización de la Cooperativa. / Artículo 2: Cada cinco años, se realizará una corrección monetaria del capital social individual de los asociados de Coopesa R.L ., para lo cual se utilizarán las resoluciones y procedimientos que se encuentren vigentes a la fecha, dictadas por el Colegio de Contadores Públicos de Costa Rica". Al amparo de dicho marco normativo, la Cooperativa demandada en Asamblea Ordinaria celebrada en el año de 1999, aprobó la tercera corrección monetaria del capital social individual de sus asociados con sustento en los procedimientos

dictados por el Colegio de Contadores Públicos de Costa Rica vigentes en aquel entonces, según lo establecido en las citadas normas, beneficiando a quienes laboraron como socios trabajadores para la empresa cooperativa entre octubre de 1993 y diciembre de 1998, o sea, a aquellos asociados que permanecieron en la cooperativa prestando sus servicios en el período preestablecido precedente a la corrección monetaria que se capitalizó de 1999 al 2003 y debía individualizarse en el aporte de los socios activos, en el primer trimestre del sexto año después de efectuada la revaluación -lo que se cumplía en el mes de marzo del 2004-, y a los accionantes que habían dejado de ser asociados de la demandada se les devolvería de conformidad con lo establecido en el estatuto de la demandada " Coopesa R.L .". El 7 de setiembre de 1999 el citado colegio profesional en el acuerdo 5.4 de la sesión ordinaria 17-99 de su Junta Directiva, derogó las normas relativas a corrección monetaria por él publicadas en las Gacetas 191 y 121 del 5 de octubre de 1982 y 25 de junio de 1993. Apoyado en dicha derogatoria así como en el pronunciamiento del INFOCOOP de oficio MGS - 767-059-2003 del 7 de octubre del 2003, la demandada se negó a cancelar a los demandantes el monto por capitalización

del superávit producto de la tercera corrección monetaria y en su lugar acordó -en Asamblea General Ordinaria N° 140 celebrada el 28 de febrero del 2004-, constituir con el superávit por revaluación capitalizado en el período 1999-2003, una reserva para contingencias con efecto retroactivo aplicable a cualquier pérdida operativa acumulada en los años 2003 y siguientes. La derogatoria efectuada por el Colegio de Contadores Públicos de Costa Rica de las normas relativas a corrección monetaria publicadas en las Gacetas 191 y 121 del 5 de octubre de 1982 y 25 de junio de 1993, no afectaron los derechos adquiridos por los actores porque la corrección monetaria que nos ocupa -de donde derivan los derechos reclamados por los accionantes - se dio con base en las normas y procedimientos autorizados por el Colegio de Contadores Públicos vigentes al momento en que se tomó el acuerdo, según lo exige el

citado artículo 2 del Reglamento de Corrección Monetaria de Coopesa R.L ., tal y como lo ordena el ordinal 80 de la Ley de Asociaciones Cooperativas. Así las cosas, con independencia de que aquellas normas a que se refiere el recurrente hayan o no sido derogadas, el derecho al superávit por revaluación de activos producto de la tercera corrección monetaria aprobada en el año 1999, corresponde a una situación jurídica consolidada adquirida desde que se tomó el citado acuerdo, toda vez que esa revaluación de activos se produjo en 1998 -con anterioridad a la derogatoria hecha por el Colegio de Contadores en el año 1999- y corresponde a los activos productivos del período 1993-1998, sometida a capitalización por el plazo previsto de cinco años -entre 1998 y el 2003-, para proceder a su posterior capitalización en los aportes individuales de los asociados activos o al pago correspondiente en el caso de los ex-asociados, durante los primeros meses del año 2004. Por consiguiente, la derogatoria acordada por el Colegio de Contadores Públicos en el año 1999, en nada incide sobre aquel acuerdo tomado válidamente por la Asamblea General con base en normas y disposiciones jurídicas vigentes al momento en que se efectuó la corrección por revaluación de activos, ejecutada por contadores públicos debidamente autorizados."

***Relación laboral: Liquidación de servicios profesionales a trabajador que figura como socio de compañía subcontratada***

[Sala Segunda]<sup>4</sup>

Texto del extracto:

"III-. SOBRE EL CONTRATO DE TRABAJO, LA SUBCONTRATACIÓN Y LOS INDICIOS DE LABORALIDAD: Como reiteradamente se ha explicado, para

efectos de determinar la naturaleza laboral de una relación, es preciso recurrir al contenido de los numerales 4 y 18, ambos del Código de Trabajo. El primero define al trabajador como "toda persona física que presta a otra u otras sus servicios materiales, intelectuales o de ambos géneros, en virtud de un contrato de trabajo, expreso o implícito, verbal o escrito, individual o colectivo." Por su parte, el artículo 18, establece: "Contrato individual de trabajo sea cual fuere su denominación, es todo aquel en que una persona se obliga a prestar a otra sus servicios o a ejecutarle una obra, bajo la dependencia permanente y dirección inmediata o delegada de ésta, y por una remuneración de cualquier clase o forma. Se presume la existencia de este contrato entre el trabajador que presta sus servicios y la persona que los recibe." Con base en estas normas, se ha establecido cuáles son los elementos esenciales y básicos, conformadores de una verdadera relación laboral, a saber: la prestación personal de un servicio, la remuneración mediante el pago de un salario y la subordinación jurídica. Jurisprudencial y doctrinariamente se ha establecido que, normalmente, tal subordinación o dependencia es el elemento fundamental para determinar si se está, o no, en presencia de una relación laboral. Esto por cuanto existen otros tipos de relaciones jurídicas, donde los elementos referentes a la prestación personal del servicio, así como a la remuneración, también están presentes. De esa manera, generalmente, el elemento determinante, característico y diferenciador de la relación laboral, es el de la subordinación. La doctrina define la subordinación jurídica como <sup>2</sup> el estado de limitación de la autonomía del trabajador al cual se encuentra sometido, en sus prestaciones, por razón de su contrato; y que proviene de la potestad del patrono o empresario para dirigir la actividad de la otra parte (...) es un estado de dependencia real producido por el derecho del empleador de dirigir y dar órdenes, y la correlativa obligación del empleado de obedecerlas (...) por lo que basta con que exista no la posibilidad de dar órdenes, sino el derecho de

hacerlo y de sustituir su voluntad a la de quien presta el servicio, cuando el que ordena lo juzgue necesario. <sup>2</sup> (CABANELLAS (Guillermo), Contrato de Trabajo , Volumen I, Buenos Aires, Bibliográfica Omeba, 1963, pp. 239 y 243). Podemos concluir, entonces, que la subordinación laboral lleva implícitos una serie de poderes que, el empleador, puede ejercer sobre el trabajador, cuales son: el poder de mando, el poder de fiscalización, el poder de dirección y el poder disciplinario. En otro orden de ideas, cabe recalcar que, e n este tipo de situaciones, impera el tratamiento casuístico, basado en la interpretación de los hechos que, el juzgador, haga con base en las pruebas aportadas. A estos efectos, resulta fundamental el principio de supremacía de la realidad, que impera en esta materia. Recuérdese que, dicho numeral 18, conceptualiza la relación de trabajo, con independencia del nombre que las partes le den; pues, en no pocas ocasiones, la parte empleadora acude a diversos mecanismos -a veces fraudulentos o ilegítimos- con el fin de que, el contrato laboral, aparente tener otra esencia, para así tratar de evadir las consecuencias legales que conlleva pactar, bajo una típica y normal relación de trabajo. Ante una discordancia entre la realidad y los documentos aportados al expediente, se debe dar preferencia a la primera, pues los hechos prevalecen sobre las formas, las formalidades o las apariencias (PLÁ RODRÍGUEZ (Américo) Los Principios del Derecho del Trabajo , Buenos Aires, Ediciones Depalma, Segunda Edición, 1998, p. 243). En este sentido se pronuncia CRISTINA MANGARELLI: "Pero lo que interesa en esta cuestión es si en la realidad la prestación se desarrolló en forma autónoma o dependiente(...). Lo que interesa es que en la realidad la relación que se trabe se desempeñe sin subordinación. La aplicación del principio de primacía de la realidad llevará a evitar las situaciones de fraude" ("Arrendamiento de servicios", en Cuarenta y dos estudios sobre descentralización empresarial y el Derecho del Trabajo , Grupo de los Miércoles, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2000, p. 267). Como última

observación, cabe señalar que, todo análisis sobre el particular, debe partir de la presunción "iuris tantum" contenida en ese numeral 18, respecto de la laboralidad de la relación, entre quien presta el servicio y la persona que se beneficia del mismo; lo cual le impone al patrono la carga procesal de demostrar la existencia de una relación distinta. Ahora bien, como la parte demandada ha sostenido que subcontrató a la empresa representada por el actor, para que le prestase el servicio de asesoría en ventas, específicamente en materia de licitaciones, resulta importante referirse a las transformaciones operadas, en los últimos años, en las formas de organización del trabajo y los modos de producir como consecuencia de los procesos de racionalización empresarial, puestos en marcha a partir de la crisis económica, con el consiguiente auge que experimentan ciertas modalidades de trabajo autónomo, tema acerca del cual la doctrina explica: "En contraste con la tendencia a la "asalarización" de la fuerza de trabajo experimentada en décadas pasadas, se asiste en la actualidad una nueva fase en la evolución de las formas de organización de los procesos productivos, dentro de la cual asumen un protagonismo cada vez más amplio modalidades "externas" de inserción en los mismos, escasamente utilizados en el pasado. Este es el caso de las nuevas formas "descentralizadas" de empleo, de las que se acaba de dar cuenta. Pero no solamente. La cada vez más extendida puesta en marcha de estrategias de "descentralización productiva", a través de las cuales se persigue la obtención de los objetivos de la empresa, no por la vía de la incorporación de trabajadores a su plantilla, sino a través de la combinación de aportaciones parciales llevadas a cabo por empresas auxiliares o por colaboradores externos, está dando lugar a un impulso hasta el momento desconocido de formas de trabajo autónomo" (...). Si bien es cierto que esta tendencia a la "exteriorización" o "satelización" de las actividades empresariales no puede ser vista sino con cautela, puesto que es capaz de encubrir intentos elusivos de la aplicación de las normas

laborales a verdaderas relaciones de trabajo, no parece que en todos los casos pueda darse este tratamiento al fenómeno" (SANGUINETI RAYMOND (Wilfredo), Contrato de trabajo y nuevos sistemas productivos , ARA Editores, Lima, 1997, p.p. 65-66). En un informe elaborado por la Organización Internacional del Trabajo (O.I.T.), sobre el régimen de subcontratación (Informe IV, (I), Ginebra, 1995) se indica que, generalmente, existe subordinación jurídica cuando están presentes los siguientes elementos: <sup>2</sup> a) si el trabajador trabaja para una sola empresa; b) si la empresa contratante es la proveedora exclusiva de los recursos, instrumentos y equipos necesarios para el trabajo de la empresa contratada; c) si la empresa contratante da instrucciones al o a los trabajadores de la contratada o subcontratada; d) si es la empresa contratante o su co-contratante quien elige el lugar donde realizar la tarea o prestar el servicio; e) si el contratado asume algún riesgo comercial, que tenga como contrapartida una expectativa de ganancia adicional a la remuneración del trabajo realizado; f) cuál es el grado de integración de las tareas del contratado a las actividades de la empresa contratante; g) cuál es el grado de especialidad de las tareas del contratado; h) si es la empresa contratante o la subcontratista la que paga las cargas fiscales y de la seguridad social; i) si las tareas realizadas por el contratante son iguales a las que realizan o realizaban los trabajadores dependientes de la empresa contratante; j) si las tareas realizadas por la contratada son definidas como una actividad o como un resultado (producto o servicio terminado); k) si la empresa contratante o la contratada remunera a los trabajadores dependientes de esta última; l) quién establece el horario de trabajo y el tiempo de descanso de las personas involucradas en la ejecución del contrato entre empresas; ll) la regularidad y continuidad en el desempeño del trabajo; m) ante quién responden los trabajadores de la empresa contratada; n) si la contratante importe formación a las personas involucradas en la ejecución del contrato entre empresas; ñ) si las empresas

contratantes pueden imponer sanciones a los trabajadores de la empresa contratada, y que tipo de efecto produce el incumplimiento de la empresa contratada en el contrato que vincula a ambas". Al respecto, se ha comentado que ninguno de esos indicios son por sí mismos decisivos, pero pueden serlo combinados entre sí, complementando aspectos más concretos ( FERNÁNDEZ BRIGNONI (Hugo) y GAUTHIER (Gustavo), <sup>2</sup> La tercerización y el derecho de trabajo <sup>2</sup>, en Revista Derecho Laboral , Tomo XL, N° 186, Abril-Junio, 1997, Montevideo, p. 379). Por su parte, BRONSTEIN enlista los siguientes indicadores de dependencia y subordinación: "a) Forma de determinar el trabajo. Este criterio puede ser de gran utilidad cuando las tareas a realizar en virtud de la subcontratación de labores no han sido determinadas, o la determinación es muy imprecisa. Esto puede hacer presumir que el objeto real de la subcontratación ha sido la prestación de trabajo en general y no la de un trabajo en particular; b) Tiempo de trabajo y otras condiciones de trabajo. Si los horarios reales de trabajo se asemejan a una jornada laboral a tenor de la legislación laboral, es muy posible que se tratará de una verdadera

relación de trabajo; c) Forma de efectuarse el pago. Un rasgo importante de la relación de trabajo es el pago de la remuneración a intervalos regulares. Si así sucede en los hechos es muy posible que la subcontratación sea de naturaleza laboral; d) Trabajo personal, supervisión y control disciplinario. Se trata de características inherentes a una relación laboral. Si la persona a quien se ha subcontratado una tarea está obligada a desempeñarla personalmente, bajo supervisión de la empresa usuaria tendremos indicios muy serios de que el objeto del contrato es la prestación de trabajo y no la realización de un trabajo; e) Inversiones, suministro de herramientas, materiales y maquinaria: a menudo la empresa subcontratista no tiene capacidad financiera, ni posee las herramientas, materiales o maquinaria necesarios para ejecutar el contrato, que le son suministrados por la empresa usuaria; f) Otros: asunción de ganancias o pérdidas por el subcontratista,

la regularidad de su trabajo, la exclusividad o no para la usuaria y en fin la manera como las actividades subcontratadas están integradas o no en las de la empresa usuaria" (BRONSTEIN (Arturo), "La subcontratación laboral", en Revista Derecho Laboral , Tomo XLII, N° 195, Julio-Setiembre, 1999, Montevideo, p. 425). Cristina Mangarelli, a su vez, expone los siguientes criterios orientadores: "a)Subordinación: (...) en muchos casos, no es un elemento de fácil determinación. Son las llamadas "zonas grises" (...). La consideración de la subordinación como rasgo que distingue estos contratos, no le quita importancia a otros elementos. Corresponde analizar el conjunto de las circunstancias que conforman la situación concreta(...). Existen otros criterios que pueden ayudar en la tarea de diferenciar estas figuras jurídicas (...); b)Otros criterios a utilizar en caso de zonas grises: Debe tenerse en cuenta que estos criterios deben analizarse en conjunto con el resto de los elementos y circunstancias del caso: a)Inexistencia del carácter personal de la prestación: (...)la inexistencia del carácter personal de la prestación está indicando que no hay contrato de trabajo (...); b)Características del precio o de la remuneración: (...)si la remuneración se ajusta de acuerdo con los aumentos que se dicten para los trabajadores, ello es un indicio de la presencia del contrato de trabajo (...); c)Prestar tareas en otros lugares: Desempeñar otros trabajos o prestar servicios en otros lugares, ha sido considerado para entender que se estaba en presencia de un arrendamiento de servicios. Aunque puede haber arrendamiento de servicios con exclusividad; d)Horario: Tampoco es determinante (...). Incluso se ha entendido que puede existir arrendamiento de servicios con desempeño full-time; e)El no pago de beneficios laborales en el período de trabajo: La jurisprudencia considera que la falta de reclamo o de pago de beneficios laborales en todo el período trabajado es "otro índice" de que no existía relación laboral; f)No es necesario que exista plazo en el contrato para admitir el arrendamiento de servicios" (MANGARELLI (Cristina), "Arrendamiento de servicios",

en Cuarenta y dos estudios sobre descentralización empresarial y el Derecho del Trabajo , Grupo de los Miércoles, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2000, p. 267). IV-. Procede ahora examinar las pruebas aportadas a los autos, con el fin de establecer la verdadera naturaleza de la relación, que unió a las partes. El primero de los testigos, ofrecidos por la parte demandada, Orlando Rodríguez Cordero, presta allí sus servicios, en el área de ventas, y dijo: "Yo trabajo para atender cuentas corporativas, y también por medio de mi empresa para atender proyectos de licitaciones (...) el señor Luis Enrique no tenía horario, llegaba a la empresa constantemente para la coordinación de los proyectos (...). Es usual en esta empresa la utilización de contratación de empresas para la venta de servicios (...). Hasta yo tengo entendido no era empleado. No me consta que estuviera sometido a ningún tipo de control. Que yo sepa no devengaba ningún salario, sino que se contrataban empresas y dependiendo del éxito del proyecto, así se pagaban las comisiones (...). No me consta si don Luis tenía un espacio en las instalaciones de la empresa" (folio 108). Raina Ruth Cheveer, esposa de uno de los personeros de la empresa demandada y exempleada de ésta, declaró: "(...) la compañía demandada lo que lo tenía era como una empresa subcontratada (...). La empresa contrata a otras empresas para hacer la presentación de licitaciones (...). Bajo desempeño por parte de la empresa contratada, y hubo diferencia, una de las partes alzó la voz, hubo una diferencia y se salió de la oficina (...). No tenía horarios, porque son empresas subcontratadas, que llegan a la empresa cuando necesitan algo. No labora en la empresa, ganaba por medio de comisiones (...). El problema se suscitó en la oficina de don Raymon Miranda, que queda enfrente de la oficina que se les da a las empresas subcontratadas, para que use las computadoras, papel (...). En relación al incidente por el que se dio la finalización del contrato, no sé de qué hablaban, don Luis alzó la voz, ofendió a don Raymon y salió de las oficinas" (folio 112). Por último, Raymond Miranda Zúñiga,

encargado del área de licitaciones de la compañía demandada, manifestó: "(...) la empresa se contrata para hacer toda la labor previa de estudio, análisis, recomendación, propuesta y el análisis final del concurso. Velar por la entrega del producto, puesta en marcha o instalación y el pago (...). Cuando yo entré a la empresa, ya la empresa de don Luis se encontraba contratada y con proyectos, yo hacía el seguimiento y la evaluación de avances de cada proyecto (...) esto generó una discusión entre don Luis y yo y en esta discusión hubieron palabras groseras y esto generó que se diera por terminada la relación contractual. (...). El actor no estaba sujeto a ningún horario. El actor no tiene salario, sino un pago por cada proyecto iniciado y debidamente finalizado, que se convenía de previo a cada proyecto (...). El actor no participó en la etapa de readjudicación, lo que se hizo fue la contratación de otra empresa por servicios profesionales (...). La empresa contratada fue la del señor Orlando Rodríguez (...). Don Luis cuando se le señaló que debía mejorar su trabajo, me faltó el respeto mentándome la madre. Esta discusión se da a finales del mes de enero de 1998. Este fue el hecho que generó el término del contrato (...). No estaba sujeto a una jefatura. Se daba un informe de avance del logro de cada proyecto (...). Sí existe una oficina para que hagan uso de las facilidades de la empresa a las empresas subcontratadas (...). En una ocasión la empresa de don Luis fue representada por don Rony Pérez" (folio 114). Por su parte, el accionante aportó el testimonio de Roger Mora Castro, ex empleado de la demandada, que a continuación se transcribe: " El trabajaba en el área de licitaciones. Nosotros teníamos un horario de trabajo, de 8 de la mañana a 5 de la tarde (...). Ocupaba un puesto similar a don Luis, trabajamos igual. La compañía nunca nos aseguró. Teníamos un salario base, comisiones y gastos de vehículos. Cuando se entró a la compañía íbamos a trabajar como empleados comunes y corrientes, pero cuando se iba a hacer el primer pago, se dijo que debíamos presentar una factura (...). Yo tenía un trabajo fijo, tenía un horario de trabajo, un

salario y estaba bajo las órdenes de Raymond Miranda y estas condiciones que yo tenía eran las mismas de don Luis (...). Trabajamos de lunes a viernes, teóricamente, pero a veces se trabajaba sábados y domingos. Las labores las realizamos en las instalaciones de la empresa, en la oficina que hay para los ejecutivos. Teníamos la obligación de presentarnos todos los días en la empresa (...). La presentación de facturas fue una directriz, cuando se nos contrató no se nos dijo nada, pero cuando ya estábamos dentro realmente se nos obligó a hacerlo así. Nos pagaban quincenalmente el salario y en teoría cada 15 de mes se nos pagaban las comisiones, pero no siempre era así. Cada fin de mes presentábamos un informe de lo que se había vendido, esto lo aprobaba el gerente y posteriormente el dueño (...). Ese mes de diciembre se nos pagó aguinaldo (...). Si nos enfermábamos debíamos de reportarlo a la empresa (...). En cuanto a la presentación de las facturas, era o lo aceptaba o se iba, entonces ni modo había que aceptarlo. A los que nos dijeron eso aunque no estábamos de acuerdo, nos interesaba quedarnos en la empresa, entonces ni modo tuvimos que aceptarlo, así también sucedió con don Luis" (folio 118). Los testimonios ofrecidos por la parte demandada, deben valorarse con sumo cuidado, por provenir de personas que mantienen vínculos cercanos con ella. En cambio, el testigo del actor no tiene ningún interés en el resultado del asunto y conoce, de primera mano, los hechos sobre los cuales declaró, razón por la cual la Sala se inclina por otorgarle mayor credibilidad a éste, en vista de que no consta un solo motivo, por el cual deba dudarse de su veracidad. De su declaración se desprenden los siguientes indicios de laboralidad: a) cumplimiento de un horario de trabajo; b) percepción de un salario, compuesto por una suma fija quincenal más comisiones; c) sometimiento a las órdenes de don Raymond Miranda Zúñiga; d) desarrollo de las labores en las instalaciones de la compañía accionada, a las que debía presentarse todos los días; e) suministro de materiales por parte de la demandada; f) deber de reportarse en caso de ausencia por

enfermedad; y, por último, g) pago del aguinaldo. El elemento de la subordinación se observa, con absoluta claridad, si se toma en cuenta que, la finalización de la relación, se dio, no en virtud de una resolución contractual por incumplimiento (según se aseveró, en la contestación de la demanda), sino porque el accionante le faltó el respeto a su superior, lo que motivó la sanción del despido. Aunado a lo anterior, de la documental de folios 8 a 12 se extrae que, la compañía accionada, conceptuaba al actor -como tal, y no a su empresa- como vendedor. Quedó también fehacientemente comprobado que, el accionante, se vio obligado a constituir una sociedad anónima, denominada "Telemática Empresarial Sefax S.A.", a nombre de la cual se giraban los cheques, previa presentación de facturas impresas en papelería de esa supuesta empresa (ver documental de folios 6, 92, 94 y 125). Sin embargo, como bien lo apuntó el juzgador de primera instancia, se trató de una cuestión meramente formal, ya que incluso la dirección de esa empresa "fantasma", coincide con el domicilio del actor, según se extrae del acta de la demanda. La creación de sociedades en que figuran como socios los trabajadores, y a las cuales se les giran dineros, por concepto de liquidación de servicios profesionales, es un mecanismo usual, que utilizan algunos empleadores, para intentar evadir su responsabilidad como tal. Los patronos tienden a recurrir a prácticas gravemente ilegítimas, como la apreciada en el presente caso, en aras de evitarse el debido pago de las cuotas patronales a la Caja Costarricense de Seguro Social y es el juez, quien está obligado a desentrañar la realidad de las cosas, realidad a valorar, por encima de la apariencia dada, por las partes, en documentos (ver, entre otros, el Voto de esta Sala N° 392, de las 10:40 horas, del 25 de noviembre de 1994). El Tribunal tuvo por acreditado que, "Telemática Empresarial Sefax, S.A." era una verdadera empresa, con base en la documental de folios 90 y 91, en la cual aparece un cheque girado a nombre de esa sociedad por concepto de liquidación de los servicios profesionales, prestados por una persona de

nombre Ronny Pérez, lo que lo llevó a concluir que se trataba de un empleado de esa empresa fantasma o de papel. Sin embargo, la Sala considera que este hecho no se encuentra suficientemente demostrado, porque se trató de una cuestión excepcional y ni siquiera los testigos de la demandada afirmaron que, don Ronny, fuese empleado de "Telemática Empresarial Sefax, SA", sino que indicaron que, en una oportunidad, esa empresa estuvo representada por él. Se trata de un solo elemento, que no tiene la virtud jurídica de desvirtuar el cúmulo de indicios graves, precisos y concordantes, antes enumerados; y, en todo caso, la duda que plantea debe resolverse a favor del trabajador ("in dubio pro operario"). A mayor abundamiento, existe otro motivo para negar que, en el caso concreto, se haya tratado de una verdadera subcontratación, y es que los servicios prestados por el actor, pertenecían al giro principal de la demandada (ventas), cuando lo normal es que se subcontraten las tareas conexas o meramente accesorias. Además, resulta extraño que, la demandada, en vez de contratar a una sola empresa para que la asesorase en materia de licitaciones, obligase a cada una de las personas que le prestaban ese tipo de servicios, a tener que constituir una empresa particular, lo que demuestra aún más el carácter laboral de la relación. En síntesis, lleva razón el recurrente al afirmar que, el Ad-quem, cometió errores en la apreciación de la prueba y dejó de aplicar principios fundamentales, en esta materia, tales como el de "in dubio pro operario" y el de supremacía de la realidad, razón por la cual, su reclamo, resulta atendible."

FUENTES CITADAS:

- 1 TRIBUNAL DE TRABAJO SECCIÓN CUARTA. Sentencia número 171 de las diecinueve horas veinte minutos del catorce de marzo de dos mil ocho. Expediente: 03-001992-0166-LA.
- 2 SALA SEGUNDA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia número 984 de las nueve horas cuarentani cinco minutos del catorce de diciembre de dos mil siete. Expediente: 02-001199-0166-LA.
- 3 SALA SEGUNDA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia número 457 de las nueve horas diez minutos del veintinueve de mayo de dos mil ocho. Expediente: 04-000178-0639-LA.
- 4 SALA SEGUNDA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia número 761 de las diez horas treinta minutos del veinte de diciembre de dos mil uno. Expediente: 98-002252-0166-LA.