PODER JUDICIAL DE NEUQUÉN

JUNÍN DE LOS ANDES, 18 de Agosto del año 2023.

VISTOS:

Estos autos caratulados **"CARBAJO DELIA GRACIELA C/ CONCARO JOSE LUIS S/ DESPIDO Y COBRO DE HABERES" (Expte. N° 70990/2020)**, de trámite ante este Juzgado Civil, Comercial, Laboral y de Minería N° 2 de la IV Circunscripción Judicial, de los que,

RESULTA:

1) Demanda

A fojas 1/18 y 22/25 se presenta DELIA GRACIELA CARBAJO a través de su letrado apoderado Dr. R. Fuentes y promueve demanda por despido contra JOSE LUIS CONCARO reclamando la suma de $ 1.601.062,61 o lo que en más o en menos resulte de las probanzas de autos, con más intereses y costas.

Dice que desde el 01/04/15 trabajó bajo las órdenes del demandado en el comercio que gira en plaza bajo el nombre "Tienda de Mascotas" sito en Av. Koessler N° 1543 de San Martín de los Andes.

Explica que es médica veterinaria y que conforme la ley provincial N° 1686 cualquier establecimiento que pretenda vender productos terapéuticos para animales debe contar con los servicios de un profesional en el cargo de "Director Técnico", razón por la cual el demandado la contrató con el fin de obtener la licencia comercial en la Municipalidad de San Martín de los Andes, lo que ocurrió recién el 10/11/15 (es decir 7 meses después de iniciado el vínculo).

Cuenta que trabajó bajo las siguientes condiciones:

· Fecha de ingreso: 01/04/15

· Jornada de lunes a viernes de 9.30 a 12.30 horas y tres veces por semana además por la tarde de 17.30 a 20.30 horas, cumpliendo además con guardias pasivas, lo que totalizaba una jornada de 8 horas diarias.

· Remuneración percibida de $ 12.000 netos fijos por mes con más una comisión variable de 30% de la facturación de los medicamentos comercializados, cuando en realidad debía percibir al momento del distracto un salario de por lo menos $39.963,67.

· Tareas: todas las atinentes al carácter de Directora Técnica del establecimiento tales como brindar servicio de atención médica de animales, aplicar vacunas, emitir certificados de salud, efectuar cirugías, atender consultas tanto en el espacio destinado a ello como en el mostrador general del negocio, asesorar respecto de alimentación para animales, inspeccionar fármacos, controlar stock de medicamentos y alimentos, controlar aptitud de los productos comercializados, realizar pedidos de insumos, etc.

Agrega que los residuos patológicos eran retirados por guardias ambientales del municipio local y el demandado abonaba la tasa por ese servicio.

Explica que dado que la relación se desenvolvió en la clandestinidad remitió TCL en el que intimó a CONCARO a efectuar

la registración pertinente y abonar diferencias salariales, y ante su negativa procedió a comunicar el despido indirecto.

Estima aplicable la presunción prevista en el art. 23 LCT y recalca que existió subordinación que se refleja por el hecho de que el demandado abonaba una remuneración, fijaba las políticas de adquisición de medicamentos (ella lo asesoraba al respecto) y ponía a disposición herramientas de trabajo y equipamiento de su propiedad.

Practica liquidación reclamando los rubros indemnizatorios por extinción del vínculo (antigüedad, preaviso, integración, SAC y vacaciones), haberes de marzo/20, diferencias salariales, indemnización de los arts. 1 y 2 de la ley 25.323, multa del art. 80 LCT y duplicación por prohibición de despido; reclamando además la entrega de la documental del art. 80 LCT.

Funda en derecho y ofrece prueba.

2) Contestación de demanda

A fojas 143/159 se presenta JOSE LUIS CONCARO mediante sus letrados apoderados Dres. J. Landini y S. Landini, y contesta la demanda.

Efectúa la negativa genérica y particular de la documental y de los hechos afirmados por la actora, impugna la liquidación practicada y brinda su propia versión de lo sucedido.

Señala que los unió una relación contractual comercial ya que la actora es profesional liberal y él es dueño de una tienda que ante solamente vendía alimentos de mascotas pero para

obtener habilitación como veterinaria necesitaba contar con la dirección técnica de una persona matriculada.

Afirma que no existía subordinación técnica (la actora es profesional), jurídica (el horario lo fijaba ella misma), económica (no se le abonaba un salario) ni exclusividad (la actora se desempeñaba para múltiples clientes), sino que la relación fue de colaboración empresaria entre ambos pues cada uno corría con sus respectivos riesgos y abonaba proporcionalmente los gastos de servicios.

Dice que sólo compartían la publicidad, las ganancias por ventas de medicamentos (que se asignaban en un 70% a favor de CONCARO y 30% a favor de CARBAJO), y el servicio de retiro de residuos patógenos (que abonaba él y luego ella le reintegraba el valor).

Dada la falta de relación laboral estima que no adeuda indemnizaciones, ofrece pruebas y pide que se rechace la demanda.

3) Trámite procesal

A fojas 250/252 se abrió la causa a prueba, período que se cerró a fs. 625, aunque luego se volvió a abrir con la finalidad de completar una prueba que se había producido sólo parcialmente.

Finalmente a fs. 752 se llamaron los autos para sentencia definitiva.

CONSIDERANDO:

4) Intercambio telegráfico

Este se desarrolló durante el año 2020 en los siguientes términos:

Fs. 30 (28/02)

CARBAJO intimó a CONCARO a:

i) Registrar la relación laboral

ii) Abonar diferencias salariales

En ambos casos bajo apercibimiento de considerarse injuriada y despedida.

También intimó a entregar recibos y exhibir constancia documentada de aportes y contribuciones, pero en el caso sólo bajo apercibimiento de proceder conforme art. 80 LCT.

Fs. 31 (04/03)

CONCARO negó la existencia de una relación de trabajo y dijo que sólo los unía un contrato de locación de una parte del establecimiento que él le arrendó con la finalidad de que ella ejerciera allí su profesión liberal.

Fs. 33 (06/03/20)

Ante ello CARBAJO se consideró gravemente injuriada y en consecuencia hizo efectivo el apercibimiento dándose por despedida de modo indirecto, por lo que intimó al pago de la liquidación final e indemnizaciones.

Fs. 34

CONCARO se mantuvo en su postura y por consiguiente rechazó la interpelación.

Fs. 36 (12/05)

La actora intimó a entregar la documentación prevista en el art. 80 LCT y a acreditar el pago de aportes al sistema de seguridad social.

Fs. 167 (18/05)

El demandado ratificó nuevamente su posición, y aunque esta misiva no llegó a destino (fs. 263 y 281) debe reputarse que entró en la esfera de conocimiento de la destinataria porque sólo fracasó por razones imputables a ella.

Ello porque "quien elige un medio de comunicación carga con las consecuencias de su diligenciamiento, ello es así siempre que el destinatario no incurra en actitudes obstruccionistas a fin de evitar que dicha comunicación llegue a su esfera de conocimiento" (Cámara Provincial de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral, Minería y Familia "ESPOSITO C/ CREIDE S/ DESPIDO", Expte. N° 70391/20, 14/12/22).

5) Hechos sobre los que hay acuerdo

a) Carácter de Directora Técnica

Ambas partes son contestes en que CARBAJO fue inscripta por CONCARO ante la Municipalidad de San Martin de los Andes como Directora Técnica del establecimiento comercial de su propiedad a partir del 10/11/15 (hecho que además se encuentra probado a fs. 708 vuelta), aunque discrepan acerca de la relación que las unió: según la actora ésta se rigió por la ley 20.744 y según el demandado por el Código Civil y Comercial ya que era una asociación entre dos empresarios autónomos.

La inscripción como Directora Técnica se efectuó porque conforme la normativa provincial es obligatoria para todo establecimiento que pretenda –como el demandado- prestar servicios veterinarios y/o comercializar productos zooterápicos (arts. 3 inciso f y 83 de la ley provincial N° 1686 y art. 15 del Decreto Reglamentario N° 4566/89).

Esta misma reglamentación prevé la posibilidad de que la relación entre el veterinario profesional y el titular del establecimiento sea de asociación es decir en igualdad paritaria de condiciones (art. 15), o bien de trabajo es decir en condición de subordinación (art. 93).

b) Publicidad

Las partes coinciden en que efectuaban anuncios comerciales de manera compartida (hecho además probado a fs. 322).

c) Venta de remedios veterinarios

Concuerdan en que estas utilidades eran repartidas en un 70% a CONCARO y 30% a CARBAJO aunque divergen sobre el carácter: el primero dice que era una cláusula de su contrato de asociación empresaria mientras la segunda aduce que era a título de salario percibido como comisión.

d) Recolección de residuos patógenos

Concuerdan en que los fondos necesarios para pagar la tasa municipal de este servicio eran aportados por CONCARO, aunque discrepan en si después obtenía o no el reembolso proporcional de parte de CARBAJO.

6) Hechos controvertidos

Se encuentra controvertido:

a) Si hubo una relación de subordinación.

b) En caso afirmativo, si existieron los incumplimientos contractuales que la actora imputó a fs. 30 y luego adujo como injuria suficiente para disolver el vínculo.

7) Aplicación al caso del art. 23 LCT

Dado que CONCARO reconoce servicios prestados por CARBAJO (aunque niega que hayan sido en relación de dependencia) la actora cuenta a su favor con la presunción que emana del art. 23 de la ley 20.744.

En este sentido se dijo: "Vale decir que, ante la relación de trabajo -prestación de servicios- se supone la subyacencia de un contrato de trabajo, siendo presupuesto indispensable para el funcionamiento de la presunción contenida en el art. 23 de la L.C.T., la prueba de la prestación efectiva del trabajo (hecho de haber trabajado a favor del pretendido empleador). Dicho de otro modo, no se presume el trabajo, sino que el trabajo prestado, salvo prueba en contrario, reconoce como causa un contrato laboral (cfr. "Régimen de Contrato de Trabajo" Revisado, comentado y concordado por Raúl Fernández Compón, pág. 29)."

Consecuencia necesaria de lo expuesto es que, revistiendo tal presunción el carácter de iuris tantum, cuando de las constancias de la causa se desprende una conclusión

contraria a la misma, es que deviene inaplicable la presunción contenida en la norma.

Y así lo entendió nuestra jurisprudencia al sostener que "si bien en el caso de acreditarse la prestación de servicios personales el art. 23 de la L.C.T. hace presumir la calificación jurídica de un contrato de trabajo, tal consecuencia no es absoluta ya que el destinatario de esos servicios puede demostrar que la índole del vínculo era ajena al régimen laboral" (CNAT, Sala II, 12/12/91, DT, 1992 A-52)." (Cfr. "AVELLO, María Elizabeth c/ ESCO S.A. DE CAPITALIZACIÓN Y AHORRO s/ COBRO DE HABERES E INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO" (Expte. nro. 195-año 2001) Tribunal Superior de Justicia de Neuquén. (cfr. TSJ Neuquén, 4/5/1995, Acuerdo n° 129; Cám. Apel. Neuquén, Sala II, 8/5/2001, "Fuentes Figueroa c/ Mueblería El Algarrobo", P.S. 2001-II, f° 329/331).

"Normalmente de todo contrato de trabajo deriva una relación de trabajo, la cual se produce en todos aquellos casos en que el contrato es llevado a ejecución. De esa forma, en todo contrato de trabajo se produce, como natural consecuencia, una relación de trabajo, o sea, una prestación de servicios que constituye también, el objeto del convenio. Y esa prestación de servicios que es la manifestación habitual del Contrato de Trabajo, normalmente se lleva a cabo bajo la dependencia de quien resulta tomador de los servicios prestados. El pretendido empleador es quien debe probar que los servicios de que se trata constituyen una excepción a la regla general sentada en la

presunción. Entiendo que ésta, y no otra, debe ser la interpretación a dar a la presunción del art. 23 de la LCT. y ello no deriva solamente de la naturaleza de la norma, sino también del análisis de su texto, ya que la ley se refiere a prestación de servicios sin ningún otro aditamento, en tanto que el legislador cuando ha querido que así fuera, ha caracterizado expresamente que los servicios deben ser prestados bajo relación de dependencia o subordinación, ej. Arts.21, 22, 27 de la LCT" (Acuerdo n° 129 "Rodríguez Juan c/Montoya José s/Accidente ley 9688" TSJ 4-5-95). "La presunción que consagra la norma legal referenciada tiene el alcance de trasladar la carga de la prueba al empleador en los supuestos en que el actor acredite la efectiva prestación de servicios. Será así quien niega que la misma se haya realizado bajo la dependencia que la ley presume, quien asumirá el deber de probar sus afirmaciones" (JUBA7-NQN-Q0001571).

El hecho de que la actora sea profesional graduada universitaria no obsta a la aplicación de la presunción a su favor ya que el art. 23 LCT no efectúa exclusión al respecto (Vazquez Vialard Antonio y Ojeda Raúl Horacio, Ley de Contrato de Trabajo Comentada y Concordada, Rubinzal Culzoni, año 2005, Tomo I, p. 295).

Bajo ese prisma que es que habrá de analizarse el caso: es el demandado quien corre con la carga de probar que las prestaciones que CARBAJO efectuó correspondían a una vinculación contractual comercial entre dos organizaciones empresarias

independientes y que ello no encubría fraudulentamente un contrato de trabajo (art. 14 LCT).

8) Pruebas

a) **Informativa**

· Correo Argentino (fs. 263/281)

Confirma la autenticidad y no entrega de la CD de fs. 167 por causa imputable a la destinataria.

· El Caldén (fs. 286/321 y 326/391)

Confirma que los productos zooterápicos eran facturados por CARBAJO (fs. 286/321) lo cual es lógico porque como profesional matriculada de la medicina veterinaria era la única autorizada a su adquisición; mientras que el resto de los productos de la tienda –alimentos balanceados- eran adquiridos por CONCARO ya que son de venta libre (fs. 326/391).

· Radio Fun (fs. 322)

Confirma que compartían publicidad.

· Dirección Provincial de Rentas (fs. 393/394)

Demuestra que desde el 01/03/15 (un mes antes del inicio de la relación laboral según el escrito de demanda) la actora se encuentra inscripta en el impuesto a los ingresos brutos.

· Colegio de Veterinarios (fs. 397/398 y 422 vta.)

Informa que:

- La actora se encuentra matriculada en dicho colegio.

- Para que un establecimiento preste servicios veterinarios o expenda medicamentos es necesario que cuente con un director técnico matriculado.

- No se tiene constancia del contrato entre las partes.

- La remuneración mínima para el cargo de director técnico con jornada de 8 horas diarias al mes de Marzo/20 era de $ 39.963,67.

· Municipalidad de San Martín de los Andes (fs. 401/419 y 639/688)

Adjunta legajo comercial del que surge que CARBAJO estuvo inscripta como directora técnica del establecimiento desde el 10/11/15 (fs. 708 vta.) hasta el 06/03/20 (fs. 736 vta).

Asimismo informa que desde Marzo/16 a Marzo/20 el Municipio efectuó la recolección de residuos patógenos (fs. 401), siendo el comprobante de retiro firmado a veces por la actora y otras veces por el demandado (fs. 402/418).

· Subsecretaría de Trabajo (fs. 431 vta. y 480/482)

Remitió acta de inspección llevada a cabo el 10/08/17 a las 11:15 hs. donde se constató que ese día y a esa hora había 4 personas trabajando en el establecimiento y ninguna era la actora (la declaración jurada la efectuó la empleada FANNY GUTIERREZ).

· AFIP (fs. 476/477 y 507/593)

Informa que la actora se encontró inscripta en el monotributo desde Febrero/15 a Julio/20 (fs. 476/477).

Remitió acta de inspección llevada a cabo el mismo 10/08/17 donde sólo se constató trabajando a la empleada FANNY GUTIERREZ.

b) **Testimonial**

MARIA FERNANDA BARREIRO (fs. 467) concurrió al establecimiento Tienda de mascotas sito en la Av. Koessler de San Martín de los Andes a principios del año 2019 y obtuvo un turno para atender a su perra. La actora, que era la veterinaria del lugar, efectuó un tratamiento semanal durante varios meses, el que fue interrumpido durante algunas semanas por que CARBAJO dio a luz. La testigo concurría al lugar una vez por semana para que la actora lleve a cabo el tratamiento sobre su perro. En todas esas ocasiones era atendida en un espacio situado al fondo del establecimiento. Cree que las herramientas usadas en el tratamiento eran aportadas por la actora. La testigo pagaba mediante débito en el mostrador general de Tienda de Mascotas, el cobro lo hacía una empleada de la tienda, quien además le entregaba el comprobante. Si además necesitaba comprar algún remedio el asesoramiento lo hacía CARABAJO, y el pago se efectuaba en el mostrador del establecimiento. Cree que la actora concurría al lugar a diario.

· Esta declaración tiene un moderado valor convictivo porque la testigo concurrió al lugar una vez por semana durante varios meses del año 2019.

BARBARA BARTOLOMÉ (fs. 468) fue directora técnica en Tienda de Mascotas desde el 2008 o 2009 y durante varios años,

pero no recuerda con precisión su época de cese. Describió las condiciones en las que ella se desempeñaba. Pero no describió las de CARBAJO porque cuando la testigo dejó de ser la directora técnica del establecimiento se mudó de ciudad y ya no volvió al lugar. Sabe que CARBAJO se desempeñó allí porque son colegas, pero desconoce bajo qué condiciones.

· Esta declaración tiene un insignificante valor convictivo porque la testigo no concurrió al lugar mientras la actora se desempeñó.

JORGE PABLO LEVANG (fs. 469) en el año 2015 o 2016 llevó a su perra a Tienda de Mascotas para que se efectuara una intervención por infección, la que fue realizada por CARBAJO en un espacio que tenía situado al fondo del local. Luego debió concurrir otras 4 veces aproximadamente esa misma semana para que la veterinaria controlara la evolución del animal. Además compró medicamentos. Tanto el costo de la intervención como de los remedios fueron abonados mediante débito en el mostrador general de Tienda de Mascotas. Luego siguió concurriendo al lugar a comprar alimentos y en esas ocasiones veía a CARBAJO desempeñándose en el lugar.

· Esta declaración tiene un moderado valor convictivo porque el testigo concurrió una semana durante el año 2015 o 2016 fue atendido por la actora y luego la volvió a ver en el lugar algunas veces más, pero no dio detalles de la relación interna entre las partes porque concurrió como cliente.

CARLA VANESA PERVANAS (fs. 470) concurre al local con frecuencia a comprar alimentos balanceados. En el verano de 2018 sacó un turno con la veterinaria del lugar y fue atendida por CARBAJO, quien revisó a su perra y extendió un certificado de buena salud para viajar. En esa ocasión la actora le dijo que Tienda de Mascotas y su consultorio eran dos negocios independientes, y que Inés –la esposa de CONCARO- no era su jefa. Le cobraron en el mostrador general de Tienda de Mascostas pero por separado, o sea por un lado la consulta veterinaria y por el otro los alimentos balanceados.

· Esta declaración tiene un moderado valor convictivo porque la testigo sólo fue atendida por CARBAJO en una única ocasión.

FREDY ALBERTO ARROYO ARRIAGADA (fs. 471) concurrió a Tienda de Mascotas a partir de 2017 para hacer atender a sus dos perras. Las consultas veterinarias eran efectuadas por CARBAJO en un consultorio cerrado situado al fondo del establecimiento. El testigo concurrió en la primera ocasión porque una de las perras había sido mordida, y luego varias veces más para que CARBAJO les aplicase vacunas, lo que sucedió unas 4 veces aproximadamente. En todas esas ocasiones concurrió a veces a la mañana y otras veces a la tarde. Los pagos los hizo en efectivo en el mostrador general de Tienda de Mascotas. Siguió pasando con frecuencia por la vereda del lugar porque en ese momento el testigo trabajaba cerca de allí y en esas ocasiones veía a CARBAJO dentro de la tienda.

· Esta declaración tiene un moderado valor convictivo porque el testigo concurrió varias veces durante el año 2017 fue atendido por la actora y luego la volvió a ver en el lugar, pero no dio detalles de la relación interna entre las partes porque concurrió como cliente.

NOELIA M. BAZZAN PEZZUTO (fs. 472) es empleada en Tienda de Mascotas desde 2013 aproximadamente y trabaja diariamente en el horario de 9:30 a 13:30 horas. CARBAJO comenzó a desempeñarse en el lugar como veterinaria en el año 2014 aproximadamente. Concurría al lugar sólo por la mañana durante un par de horas, y pocas veces por semana (no todos los días). No tenía un horario fijo. También se desempeñaba como veterinaria en otro establecimiento llamado "Villegas", y asimismo atendía consultas en domicilios particulares, incluso en el horario en el que estaba en Tienda de Mascotas (para lo cual se retiraba del lugar). No recibía órdenes de trabajo de parte de CONCARO. Ella atendía en un consultorio situado al fondo del establecimiento y se trataba de un negocio independiente porque CARBAJO era monotributista y las facturaciones no se mezclaban. Lo mismo sucedía con el sector de peluquería canina que funcionaba dentro de Tienda de Mascotas pero de manera independiente. En cuanto a los medicamentos la actora comparaba algunos para ella misma y otros para venta al público en Tienda de Mascotas. Lo que se cobraba de estas ventas al público era repartido entre actora y demandado, desconoce en qué proporción. Las herramientas de trabajo las aportaba CARBAJO

ya que llevaba ecógrafo y valija con jeringas y vacunas. En el año 2019 la actora tuvo un hijo y dejó de concurrir al lugar durante 5 o 6 meses. Cuando regresó iba sólo una vez por semana y durante poco tiempo, lo que generaba quejas de clientes. Luego dejó de concurrir.

· Esta declaración tiene un alto valor convictivo porque la testigo trabajaba diariamente en el local y por ende tiene un conocimiento directo y profundo acerca de la relación entre las partes.

TOMAS A. CAMPBELL (fs. 473) concurrió como cliente a Tienda de Mascotas por primera vez en el año 2015 o 2016 porque necesitaba que se practique castración a una gata, intervención que practicó la actora. Desde entonces concurrió al lugar con otros animales en unas 15 ocasiones aproximadamente. Generalmente iba por la mañana, pero a veces fue a la tarde. En todas esas ocasiones la atención veterinaria siempre la realizó CARBAJO, que atendía en un consultorio ubicado al fondo del local. Parecía que CARBAJO se trataba de una empleada más del local, pues no tenía independencia de cobro. Es decir que cualquier pago que hubiese que realizar se hacía en la única caja del local, ya sea que se adquiriera alimento balanceado, medicamentos o se pagara una consulta veterinaria.

· Esta declaración tiene un moderado valor convictivo porque el testigo concurrió en varias ocasiones al lugar, pero no dio detalles certeros acerca de la relación interna entre las partes porque concurrió como cliente.

SERGIO O. BERGADÁ (fs. 474) es el propietario locador del local en el que funciona Tienda de Mascotas, siendo CONCARO el locatario. Por esa razón concurría con cierta frecuencia al lugar, aunque no diariamente. CONCARO le pidió autorización para que en un sector del local funcione un sector de veterinaria, y el testigo consintió. En ese sector vio a CARBAJO prestando servicio de veterinaria desde aproximadamente 2017 o 2018. En una oportunidad el testigo llevó un animal y la actora lo atendió. En dicha ocasión le pagó a CARBAJO en efectivo. Las boletas de tasa por servicio de recolección de residuos llegaban a nombre del testigo. Él las pagaba y luego se las dejaba a CARBAJO para que ésta le reintegre lo abonado. En algunas oportunidades ella no estaba presente en el lugar, y entonces se las dejaba a las empleadas de la tienda para que se las entreguen a la actora.

· Esta declaración tiene un moderado valor convictivo porque el testigo concurría con frecuencia al lugar, y en algunas ocasiones recibía pagos efectuados directamente por CARBAJO en concepto de reintegro de tasa por recolección de residuos.

LAURA S. TOROSSIAN (fs. 485) es propietaria de un local comercial situado enfrente de Tienda de Mascotas. Concurrió allí por primera vez en Febrero/16 requiriendo que atiendan a una perra. A partir de entonces fue en varias ocasiones, aproximadamente cada 6 meses. El turno se coordinaba con las empleadas de la tienda. La atención veterinaria era efectuada

por la Dra. CARBAJO, generalmente por la mañana, y en algunas pocas oportunidades por la tarde. Cuando terminaba la consulta CARBAJO se acercaba a la caja del local y les decía a las empleadas cuál era el monto de sus honorarios, el cual debía abonar en dicha caja. Además CARBAJO les decía si prescribía una medicación en particular, y las empleadas de la tienda se la cobraban en la misma caja. En ambos casos pagaba en efectivo y no le extendían un comprobante.

· Esta declaración tiene un moderado valor convictivo porque el testigo concurrió en varias ocasiones al lugar.

GUSTAVO A. CERNADAS (fs. 503) fue editor de una revista llamada El Avisador. En tal carácter pautó con actora y demandado realizar una publicidad compartida en dicha revista. La Dra. CARBAJO le indicó qué información suya tenía que contener (nombre, número de matrícula y atención que ofrecía). Por su parte CONCARO le indicó el contenido de la publicidad relativo a Tienda de Mascotas. Es decir que la propaganda se publicaba conjuntamente con datos de los dos. Al testigo le pagaba CONCARO, pero supone que entre ellos había un acuerdo para solventar ese costo en partes proporcionales. Lo supone porque CARBAJO era autónoma. De hecho en su consultorio tenía pegado un cartel con CUIT y data fiscal. El testigo concurría al local unas 4 a 6 veces por mes a pautar nuevas publicidades o cobrar, y en muchas ocasiones CARBAJO no estaba presente.

· Esta declaración tiene un alto valor convictivo en lo referido a la publicidad porque el testigo la concertó directamente con ambas partes.

c) Pericial contable

A fs. 611/613 y 619/620 la perito contadora dictaminó que:

i) En los libros contables no obra asentado contrato de alquiler ni facturación entre las partes.

ii) Desde Agosto/15 hasta Septiembre/20 CARBAJO emitió 151 facturas y 2 notas de crédito a favor de distintas personas que contrataron sus servicios profesionales, de los cuales 14 de ellos se encuentran identificados (uno de ellos es CONCARO) y los demás no están individualizados.

iii) Para el cargo de Director Técnico con jornada de horas diarias la mejor remuneración bruta mensual, normal y habitual calculada al mes de Marzo/20 asciende a $ 39.963,67, más la suma de $ 4.000 de carácter no remunerativa según Decreto N° 14/20.

La perito indica que si se sumaran adicionales por antigüedad y zona fría ello ascendería a $ 43.560,40 brutos remunerativos, lo cual es improcedente porque no indica en base a qué norma o convenio colectivo agrega tales adicionales que ni siquiera fueron reclamados en la demanda.

iv) Efectuando la comparación entre el salario devengado y el declarado como percibido ($ 12.000) en el período Febrero/18 a Enero/20 se habrían devengado diferencias

salariales a favor de la actora por $ 343.122,52 (en concepto de sueldo) más $ 56.678,19 (en concepto de SAC).

Pero estimo que el cálculo es incorrecto porque:

· Nuevamente parte de la base de una mejor remuneración de $ 43.560,40 que es improcedente porque contiene dos adicionales que no corresponden ni fueron reclamados.

· Omite considerar la incidencia de las comisiones variables que la actora reconoce haber percibido en concepto de ventas de medicamentos, las que –en caso de existir relación de dependencia- integrarían su remuneración (arts. 104, 108, 109, 140 inciso c y 245 4° párrafo de la LCT).

9) Análisis del material probatorio

Cabe entonces sopesar el valor convictivo de las diferentes pruebas recabadas utilizando para ello las reglas de la sana crítica (art. 386 CPCC), las cuales "suponen la existencia de ciertos principios generales que deben guiar, en cada caso, la apreciación de aquella y que excluyen, por ende, la discrecionalidad absoluta del juzgador. Se trata, por un lado, de los principios de la lógica, y por otro, de las "máximas de la experiencia", es decir, de los principios extraídos de la observación del corriente comportamiento humano y científicamente verificables, actuando ambos, respectivamente como fundamentos de posibilidad y realidad (cfr. Palacio Alvarado Velloso, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, explicado, y anotado jurisprudencial y bibliográficamente, Editorial Rubinzal Culzoni, Santa Fe 1992,

pág. 140).- En tal orden de ideas, el Tribunal Superior de Justicia de nuestra provincia ha expresado: "El Art. 386 del Ritual Civil coloca un cerco a la actividad jurisdiccional –en lo que a la apreciación del material probatorio se refiere constituido por las reglas de la sana crítica (cfr. Ac. N°14/02 "Mosqueira" del Registro de la Secretaría Civil). Como bien lo señala Roland ARAZI, ninguna ley indica cuáles son estas reglas. Ellas conforman un sistema que concede a la magistratura la facultad de apreciar libremente la prueba, pero respetando las leyes de la lógica y las máximas de la experiencia (cfr. aut. cit., La Prueba en el proceso civil, Edit. La Rocca, Bs. As. 1991, pág. 102 y sgts.). La sana crítica es la consecuencia de un razonamiento integrado en el cual se conectan coherentemente los hechos y las pruebas aportadas para llegar al derecho aplicable (cfr. José V. Acosta, Visión Jurisprudencial de la Prueba Civil, Ed. Rubinzal-Culzoni, T.I, pág. 317, Santa Fe, 1996)" (Ac. Nro. 06/15 "Fuentes Pacheco" del Registro de la Secretaría Civil) (citados por la Cámara de Apelaciones del Interior en "MARTIN c/ FIRPO" del 18/11/21).

Bajo esa óptica cabe destacar que, complementando los hechos que se encuentran reconocidos por las partes (conforme considerando 5) con aquellos otros que llegaron controvertidos pero se acreditan con la prueba recabada, surge lo siguiente:

a) Inicio de la relación contractual

El vínculo entre las partes comenzó en Abril de 2015.

b) Tareas efectuadas

CARBAJO se desempeñó como Directora Técnica del establecimiento de titularidad del demandado (en los términos que prevén los arts. 3 inciso f y 83 de la ley provincial N° 1686 y el art. 15 del Decreto Reglamentario N° 4566/89) desde el 10/11/15 (fs. 708 vta.) hasta el 06/03/20 (fs. 736 vta).

c) Días y horarios en que prestaba servicios

Quedó demostrado que al comienzo del vínculo CARBAJO concurría con frecuencia al establecimiento (casi todos los días hábiles de la semana) y en la última época con escasa asiduidad (ver especialmente testimonio de BAZAN a fs. 472 que tiene alto valor convictivo en torno al punto porque de todos los testigos era la única que estaba diariamente presente en el lugar).

No se demostró fehacientemente qué cantidad de horas por día efectuaba labores, pero lo que sí quedó claro es que:

* Eran escasas.

* A veces interrumpía la prestación de servicio en Tienda de Mascotas para atender a clientes particulares ajenos al establecimiento, para lo cual se retiraba del local y regresaba más tarde (ver fs. 472).

d) Retribución fija

No se demostró a través de ningún medio que efectivamente el demandado le abonara a la actora mes a mes un estipendio fijo, ni de $ 12.000 –como se afirma en la demanda– ni de ningún otro monto.

e) Honorarios por consultas

Quedó acreditado que luego de prestar servicios CARBAJO cobraba un honorario por la consulta.

Este estipendio normalmente era cobrado en la caja de Tienda de Mascotas por las empleadas del establecimiento pero de manera separada del resto de los cobros (fs. 470, 472 y 485).

Por ej. si el cliente compraba alimentos balanceados los pagaba en la misma caja pero aparte, lo que denota que había una separación en las cuentas de CARBAJO y de CONCARO (sólo estaba unificado el lugar en que se recibía el dinero).

En alguna ocasión excepcional el estipendio fue cobrado directamente por CARBAJO (fs. 474).

f) Compra y venta de remedios zooterápicos

La compra de remedios era facturada a nombre de CARBAJO (fs. 206/321), lo cual es lógico porque dentro del establecimiento era la única habilitada para ello.

Se demostró que algunas de esas compras eran para su uso exclusivo (fs. 472).

Otras en cambio estaban destinadas a ser vendidas en el local (fs. 472). Si el cliente adquiría estos remedios el pago se hacía en la única caja existente en el establecimiento pero la cuenta era separada, es decir no se pagaban junto a los honorarios de CARBAJO ni a los alimentos balanceados que vendía CONCARO (fs. 470, 472, 485), lo que nuevamente denota separación en los ingresos.

Las partes afirmaron de manera concordante que las utilidades de estas ventas eran repartidas en un 70% a CONCARO y 30% a CARBAJO (fs. 5 vta y 147 vta).

g) Publicidad

La publicidad era efectuada de manera conjunta tal como afirmaron las partes y se demostró a fs. 322 y 503.

Con este último testimonio se acredita además que el aviso publicitario en lo concerniente a servicios veterinarios era diseñado por CARBAJO, quien le indicaba al publicista qué datos suyos debía contener.

h) Residuos patógenos

La recolección de estos desechos era efectuada por la Municipalidad local y el comprobante de retiro era firmado a veces por la actora y otras veces por el demandado (fs. 402/418).

La tasa era pagada por el testigo BERGADÁ, quien le entregaba las boletas a CARBAJO y luego obtenía el reembolso de los fondos de parte de CONCARO (fs. 474). No se demostró que CARBAJO aportase alguna parte del dinero para solventar esta tasa, pero sí que era quien recibía la boleta que había pagado BERGADÁ.

i) Falta de exclusividad

Se demostró que la prestación de servicios no era exclusiva a favor del demandado, sino que la actora además efectuaba tareas en otra veterinaria denominada "Villegas" y

también atendía a sus clientes en forma particular yendo a sus domicilios.

Esto en ocasiones era efectuado por la actora durante el horario en el que estaba en Tienda de Mascotas: es decir que CARBAJO dejaba de cumplir funciones allí y se dirigía a atender a sus pacientes particulares (fs. 472), lógicamente sin compartir esa ganancia con CONCARO.

Esto sucedía con altísima frecuencia pues se demostró que entre Agosto/15 y Septiembre/20 CARBAJO emitió 151 facturas y 2 notas de crédito a favor de distintas personas que contrataron sus servicios profesionales, de los cuales 14 de ellos se encuentran identificados (uno de ellos es CONCARO) y los demás no.

Es decir que durante el lapso en que las partes estuvieron vinculados la actora prestó servicios profesionales a favor de por los menos 13 personas más.

j) Vacaciones o licencias

No se produjo ningún medio del cual pueda extraerse con certeza cuál de las dos partes decidía el momento en que la actora tomaba recesos, ni su duración.

Sí se probó que durante un lapso del año 2019 dejó de cumplir funciones porque dio a luz (según la testigo de fs. 472 el intervalo fue de 5 o 6 meses y según la testigo de fs. 467 fue de algunas semanas).

k) Régimen disciplinario

No se demostró que la actora estuviese sujeta al poder disciplinario del demandado.

Ello se colige del hecho de que:

· Era frecuente que esta interrumpiera los servicios para atender a sus pacientes particulares fuera del establecimiento (fs. 472) y que CONCARO no tomase ninguna medida disciplinaria por eventual concurrencia desleal como ocurriría con un trabajador en relación de dependencia (arts. 67 y 88 LCT).

· También era frecuente que CARBAJO no asistiese en los días y horarios habituales (fs. 472 y 503) sin que ello se tradujese en ninguna consecuencia disciplinaria por incumplimiento de sus labores como ocurriría con un trabajador en relación de dependencia (arts. 67 y 84 LCT).

l) Herramientas

Todo parece indicar que las herramientas de trabajo eran mayormente de propiedad de la actora (fs. 467 y 472).

10) Naturaleza del vínculo contractual

Del plexo analizado no surge entonces la subordinación técnica, jurídica y económica invocada en la demanda pues no se configuraban las siguientes notas típicas de tal relación delineadas por la ley 20.744:

· La actora no tenía obligación de prestar el servicio con puntualidad y asistencia regular (art. 84).

· Aportaba mayormente los elementos de trabajo, a la inversa de lo que ocurre en una relación de dependencia (arts. 84 y 86).

· Estaba exenta del deber de no concurrencia (art. 88) ya que prestaba el servicio sin exclusividad (incluso se retiraba de Tienda de Mascotas para atender a sus pacientes particulares cuya ganancia no compartía con CONCARO).

· No estaba sujeta a régimen disciplinario (art. 67).

· Diseñaba su propia publicidad, lo que denota autonomía en la organización de los medios de producción (arts. 5 y 64).

· Fijaba sus propios honorarios, los que eran pagados por sus clientes sin ganancia del demandado.

No se demostró que CARBAJO recibiera una remuneración que fuera pagada por CONCARO (arts. 4, 21, 22 y 103), sino que lo que percibía eran los estipendios fijados previamente por ella y pagados por sus clientes en la caja del establecimiento.

Es decir que existía la posibilidad de que la actora percibiera ingresos completamente fluctuantes o incluso de que un determinado mes no percibiese suma alguna, lo que caracteriza al riesgo empresario.

· Percibía una parte de las ganancias generadas por las ventas de remedios.

· Llevaba cuentas separadas respecto del demandado (sólo estaba unificado el lugar de cobro).

De ello se deduce la inexistencia de una relación contractual de dependencia, pues en esta "la nota tipificante básica es la subordinación: concepto difícil de asir, significa: la facultad del empleador de ejercitar el poder de dirección, control y organización sobre el trabajador, y la correlativa obligación de éste de obedecer" (cfr. Altamira Gigena, Raúl E. – Bonetto de Rizzi, Nevy – Piña, María Estela, "Derecho Individual del Trabajo", Buenos Aires, La Ley, 2007, p.89).

En el caso se demostró que CARBAJO conservaba autonomía:

· Técnica: decidía cómo y cuándo atender a sus pacientes, y lo hacía con herramientas mayormente propias.

· Jurídica: no estaba sujeta al poder disciplinario del demandado (concurría al establecimiento o se retiraba de él en los días y horarios que ella misma decidía).

· Económica: fijaba la cuantía de sus propios honorarios; no percibía una retribución fija pagada por CONCARO sino que sólo compartía con él una parte de las ganancias generadas por las ventas de remedios; y generaba sus propios ingresos fluctuantes al cobrar honorarios por la atención a clientes particulares (no prestaba el servicio con exclusividad).

Logró entonces el demandado desvirtuar la presunción que emana del art. 23 LCT probando que los servicios prestados por la accionante no lo fueron en relación de dependencia sino que ésta contó con el poder de organizar los medios de

producción en su propio beneficio y conservó la autonomía suficiente como para no quedar ligada a una organización ajena con respecto a la cual se relacionaba en condiciones de igualdad y con fines de lucro.

En este sentido la doctrina especializada ha señalado que "La autonomía, por oposición a la dependencia, se define por la autoorganización del trabajo. El trabajador autónomo no se incorpora a la organización de un tercero (el acreedor de las obras o de los servicios) y como consecuencia asume los riesgos de su actividad. Por eso no celebran contratos de trabajo quienes trabajan en utilidad patrimonial propia (y no por cuenta ajena) y organizan su propio trabajo" (Vazquez Vialard Antonio y Ojeda Raúl Horacio, Ley de Contrato de Trabajo Comentada y Concordada, Rubinzal Culzoni, año 2005, Tomo I, p. 291).

Se conceptualiza al contrato de trabajo como el acuerdo de voluntades por el cual una persona física compromete su trabajo personal e infungible en favor de otra, por cuenta y riesgo de esta última, que organiza y dirige la prestación y aprovecha sus beneficios, mediante el pago de una retribución. De ahí que quedan excluidos de dicha figura contractual los supuestos en que no hay trabajo personal o si quien realiza la tarea comparte o asume los riesgos del negocio o si no hay una organización heterónoma de la prestación sino que es el trabajador quien planifica y autoorganiza su labor. Lo fundamental es que el trabajo no se inserta en el marco de una organización empresaria ajena. Lo que adquiere verdadera

trascendencia para caracterizar al contrato de trabajo son las notas de participación en una organización empresaria ajena y la falta de disponibilidad para sí del producto o del servicio efectuado por el trabajador. Y lo importante es determinar si el trabajo es autoorganizado por el trabajador o si la organización de dichas tareas proviene del empleador que lo contrató y lo insertó dentro de su organización (Juan Carlos Fernandez Madrid, "Tratado Práctico de Derecho del Trabajo", Ed. La Ley, t. I, p. 707 y 685).

"El carácter de autónomo se presenta cuando existe independencia del trabajo o ausencia de subordinación, incompatible con la posición del trabajador en el sentido del art. 25 LCT y quien presta los servicios desenvuelve su actividad en una organización propia, de la cual el mismo sujeto es el organizador, de modo que no queda sometido a poderes directivos de una organización de los cuales él mismo no sea titular. A ello precisamente se refiere la última parte del artículo cuando declara aplicable la presunción laboral "en tanto que por las circunstancias no sea dado calificar de empresario a quien presta el servicio". Entonces, la autonomía –por oposición a la dependencia- se define por la autoorganización del trabajo. El trabajador autónomo no se incorpora a la organización de un tercero, sino que organiza su propia actividad y como consecuencia asume sus riesgos, trabajando por sí y para sí, obteniendo una ganancia

distinguible del salario" (Carlos A. Etala, "Contrato de Trabajo", T. 1, p. 127).

11) Consecuencias

La interpelación efectuada por la actora a fs. 30 carece entonces de sustento porque la relación contractual entre las partes no era de dependencia laboral sino comercial en el marco de la contratación de la actora como Directora Técnica (alternativa de vinculación contractual que se encuentra prevista expresamente en el art. 15 del Decreto Provincial N° 4566/89 y que se halla regida por el derecho común).

Dado ello la demanda debe desestimarse, lo que torna abstracto entrar a considerar lo atinente a cada uno de los rubros indemnizatorios pretendidos.

12) Costas

Las costas serán soportadas por la parte actora en su carácter de vencida dado que no hay mérito para apartarse del principio general de la derrota (art. 68 CPCC y 17 ley 921).

Cabe diferir la regulación de los honorarios correspondientes a los profesionales intervinientes hasta tanto obre en autos liquidación aprobada de los intereses que hubiesen correspondido en el hipotético caso de que hubiese prosperado la demanda (conforme arts. 20 y 47 de la Ley 1594 e interpretación efectuada por la Cámara de Apelaciones del Interior en "AGUIRRE" del 16/07/2020, "COLLINAO" del 09/02/2021, "PEREZ" del 04/03/22, entre otros).

Al sólo fin de la conformación de la base regulatoria los accesorios se calcularán a la tasa activa del Banco Provincia del Neuquén S.A. desde el día del pretendido distracto (06/03/20) hasta el día de confección de la planilla.

Por lo expuesto;

F A L L O:

I. Rechazar la demanda interpuesta por DELIA GRACIELA CARBAJO contra JOSE LUIS CONCARO.

II. Imponer las costas a cargo de la parte actora vencida (art. 17 de la ley 921 y artículo 68 del Código Procesal Civil y Comercial).

III. Diferir la regulación de los honorarios correspondientes a los profesionales intervinientes hasta tanto obre en autos liquidación aprobada de los intereses que hubiesen correspondido en el hipotético caso de que hubiese prosperado la demanda (conforme artículos 20 y 47 de la Ley 1594), los que se calcularán a la tasa activa del Banco Provincia del Neuquén S.A. desde el día del pretendido distracto (06/03/20) hasta el día de confección de la planilla.

IV. Una vez firme esta decisión, devuélvase la documentación original a las partes y con carácter previo a disponer el archivo de las presentes actuaciones córrase vista al Colegio de Abogados a los fines dispuestos por el artículo 60 in fine de la Ley 685 poniéndose las actuaciones a su disposición por mesa de entradas durante quince (15) días.

V. REGÍSTRESE y NOTIFÍQUESE electrónicamente a las partes y profesionales.

Dr. Luciano Zani
Juez subrogante